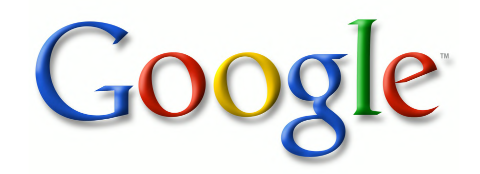
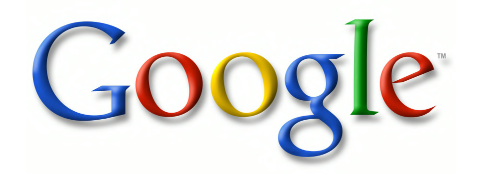
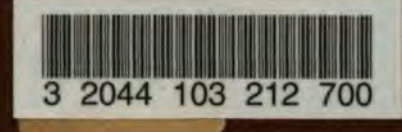






GERMANY

ZUM

# BEGRIFF DER SCHENKUNG.

VON

DR. HUGO BURCKHARD.

FESTGABE

FÜR

ERNST IMMANUEL BEKKER

ZUM

DOCTORJUBILÄUM

ÜBERREICHT VON DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

WÜRZBURG.

ERLANGEN.
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke.)
1899.

# Ernst Immanuel Bekker

Zum 17. Februar 1899.

# Hochverehrter Herr Jubilar!

Mit Ihnen feiert den Tag, an dem Sie vor fünfzig Jahren die summi in iure honores erworben haben, die gesammte deutsche Rechtswissenschaft. Denn voll Dankes erkennt sie an, welch reiche Förderung in dem zwischen jenem und dem heutigen Tage liegenden Zeitraum durch Sie ihr zu Theil geworden ist: durch die Fülle Ihrer tiefeindringenden, altersgrauer Vorzeit angehörige wie modernste Rechtsinstitute mit gleicher Meisterschaft untersuchenden Arbeiten; durch die Energie, mit der Sie, dem vollendeten logischen Können seinen Werth für die Juris-

prudenz einräumend, aber die Nothwendigkeit der Einsicht, dass damit allein nicht auszukommen sei, betonend und vor doktrinärer Versteifung jeder Art warnend, morsch Gewordenes rücksichtslos zu Sturz gebracht, um den Boden für Neues, Besseres zu ebenen; durch die Mannhaftigkeit, mit der Sie, gemäss dem Dichterwort „der Glaube ist zum Ruhen gut, doch bringt er nicht von der Stelle, der Zweifel in ehrlicher Mannes Faust, der sprengt die Fesseln der Hölle" die Heiligkeit des Zweifels und damit die Berechtigung des Irrthums auf dem Wege nach der Wahrheit in Wort und That zur Anerkennung gebracht haben.

An diesem Tage mit so vielen Anderen Ihnen glückwünschend zu nahen ist uns Herzensbedürfniss. Nehmen Sie die anspruchslose Gabe, die wir Ihnen als ein Zeichen der

aufrichtigsten Verehrung darbieten, mit dem Wohlwollen entgegen, das Sie fremden Ansichten jederzeit zu Theil werden lassen, und mit ihr den Wunsch, dass für die Probleme, welche die neue Zeit und das neue Recht in kaum noch geahnter Fülle bringen wird, Ihre bewährte Kraft in alter Frische noch lange erhalten bleibe zum Wohle der deutschen Rechtswissenschaft.

Würzburg, den 17. Februar 1899.

**Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät.**

**Burckhard. Schanz. Schollmeyer. Mayer.**
**Oetker. Meurer. Piloty.**

# ZUM
# BEGRIFF DER SCHENKUNG

VON

DR. HUGO BURCKHARD,
Professor in Würzburg.

---

# I.

1. »Die Lehrbücher ergeben Streit und Zweifel über die Grundfragen und manichfaltige Details, kaum dass irgend ein anderer Theil des Privatrechts so schlecht geeignet erscheint, aus einem festen Kern heraus konstruirt zu werden. Schwankend ist ebenso der Thatbestandsumfang wie die Rechtsfolgen. Die römischen Juristen, die mehr als alle Anderen Einzelfälle durchprüft haben, haben überall mit der Masse gleichartiger einander augenscheinlich sehr nahe stehender und doch wieder in Kleinigkeiten von einander verschiedener Fälle zu kämpfen; diese Massen sind in der neueren Zeit nur noch gewachsen: wieder tauchen wir ein in verschwimmende Massen, bei denen alle Prinzipien der Unterscheidung versagen und schliesslich alle festen Grenzbestimmungen mehr oder weniger willkürlich erscheinen. Zuzugeben, dass ähnliche Wahrnehmungen auch an anderen Stellen des Rechtsgebiets zu machen sind, aber doch keineswegs überall, und wo die Wahrnehmungen wiederkehren, sind sie meist nicht so schlimmer Art: die Schenkungen liegen gleichsam im Zentrum der verfließenden Gegensätze.«

Selten ist die Klage über die Schwierigkeit der Schenkungslehre, die keine neue ist[1]), mit so klarer Erkenntniss der Gründe und in so scharfer Formulirung ausgesprochen worden, wie in

---

[1]) Vgl. z. B. Giphanius Lectur. Altorph. ad T. D. de donat. Prolegom., mit dem Citat von Nic. Valla.

diesen Worten Bekkers[1]). Dafs sie voll berechtigt ist, wenn auch weniger hinsichtlich der Rechtsfolgen als des Thatbestands, empfindet Jeder, der ein einheitliches Schenkungsrecht darstellen will[2]). Die Voraussetzung dafür ist ein einheitlicher Schenkungsbegriff, und an einem solchen scheint es zu fehlen, nicht blos in den Quellen des römischen Rechts, sondern überhaupt[3]). Denn was wir Schenkung und die Römer donatio nennen, das mag wohl ursprünglich ein festbestimmter Begriff gewesen sein, nämlich unentgeltliche Eigentumsübertragung, deren Wirkung naturgemäfs die Minderung des Vermögens des Gebers und die Vermehrung des Vermögens des Empfängers ist; und dafs beim Vorliegen dieses Thatbestands die meisten der an die Schenkung geknüpften Rechtsfolgen eintreten, unterliegt auch jetzt noch keinem Zweifel.

Aber diesen einfachen Begriff hat weder die Sprache des Lebens noch des Rechts festgehalten, und bei dem, was die spätere Zeit als Schenkung bezeichnet, tritt ebenso zweifellos nicht überall das der Schenkung eigenthümliche Recht oder doch nicht jeder in Bezug auf Schenkung aufgestellte Rechtssatz ein. Das an der Spitze des Digestentitels De Donationibus stehende donationes complures sunt Julians[4]) hat reichliche Nachfolge gefunden: die donatio propria und impropria, simplex und relata, mera und non mera, Schenkung im weiteren und im engeren Sinn spielen in allen Darstellungen der Lehre eine grosse Rolle, wenn auch nicht Viele

---

[1]) System des heut. Pandektenrechts II § 102 Beil. I.

[2]) Dafs in den folgenden Ausführungen nicht eine auf alle Einzelheiten eingehende Darstellung beabsichtigt ist, sagt der Titel. Dass sie trotz des Bürgerlichen Gesetzbuchs und seiner Legaldefinition nicht ohne einiges Interesse sind, darf ich hoffen. Dass von den hier entwickelten Gedanken der eine oder andere schon in meiner Abhandlung »Ueber Schenkungsannahme (Festschrift für Ihering 1892)« berührt ist, wird ebenso wenig auffallen, wie dass manches dort Gesagte nicht wiederholt wird.

[3]) Die Ansicht von L. Goldschmidt, Krit. Erört. z. Entw. e. BGB., 1. Heft, 2. Kap.: Die doctrinäre Steigerung habe eine Reihe von Definitionen erzeugt, über die gar kein Streit herrsche und die daher aus einem Gesetzbuch hätten fernbleiben können, so die Definition der Schenkung — wird kaum von Vielen getheilt werden.

[4]) L. 1. pr. D. 39, 5. Julian lib. XVII. Digest.

in der Differenzirung soweit gehen wie Böcking[1]) mit seiner Unterscheidung von donatio im weitesten Sinn, im engeren Sinn, im eigentlichen Sinn, und im engsten eigentlichsten Sinn. Auch Bekker, trotzdem er das rein wissenschaftliche Problem bei Seite stellt und allein die praktische Frage, wie wir den Schenkungsbegriff für das geltende Recht zu gestalten haben, erwägen will, und trotzdem es ihm wegen der Frage nach der Anwendung der Schenkungssingularitäten darauf ankommt, dass zur Vermeidung der Ursache zahlreicher Prozesse die Thatbestandsumgrenzung fest und sicher gezogen wird, verkennt nicht, dass wir trotz allem Streben nach Vereinfachung genöthigt sind, auch für das heutige gemeine Recht bei den Schenkungen einen engeren und einen weiteren Begriff anzunehmen[2]).

Dagegen würde sich nun an sich Erhebliches nicht einwenden lassen: es ist einfach Anerkennung der Thatsache, dass das Wort Schenkung, ebenso wie andere Worte, ein mehrdeutiges ist und in der Vulgär- wie in der Rechtssprache bald in engerer bald in weiterer Bedeutung gebraucht wird. Wenn nur Klarheit und Sicherheit herrschte einmal darüber, was für den einen, was für den anderen Fall gilt, d. h. ob die Rechtsfolgen der Schenkung ausschliesslich im Fall der Schenkung im engeren Sinn eintreten, und mithin der Begriff der Schenkung im weiteren Sinn für die Rechtsordnung ohne alle Bedeutung ist, oder, wenn dies verneint wird, welche Schenkungssätze in dem einen, welche in dem anderen Fall eintreten; und sodann darüber, wann eine Schenkung im engeren Sinn, wann eine solche im weiteren Sinne vorliegt.

Beides ist aber nicht der Fall.

Dass die Abgrenzung des weiteren und engeren Begriffs bei den verschiedenen Schriftstellern eine verschiedene ist, zeigt ein flüchtiger Blick auf die Litteratur.

Verstehen die Einen unter Schenkung im weiteren Sinne jede freiwillige Zuwendung, unter Schenkung im engeren Sinn nur die

---

[1]) Pandekten des röm. Privatrechts I S. 365 ff.

[2]) Welche der von ihm angeführten Schenkungssätze den einen, welche den andern Begriff voraussetzen, tritt freilich auch in seiner Darstellung nicht hervor.

unter Lebenden, so rechnen Andere auch zur Schenkung im weiteren Sinn blos die letztere, so dass für diese das Legat schon vom Begriff der Schenkung im weiteren Sinn ausgeschlossen ist. Sind nach den Einen die den engeren Begriff bestimmenden Momente Liberalitätsvertrag d. h. Einigung der Parteien darüber, dass die Zuwendung eines Vermögensvortheils aus freier Gunst, ohne dass eine rechtliche Verpflichtung dazu besteht und ohne dass eine Gegenleistung dafür gegeben wird, erfolgt, und dadurch bewirkte Minderung und Mehrung des Vermögens, so dass beim Fehlen eines dieser Momente nur Schenkung im weiteren Sinn vorliegt, so nehmen Andere Schenkung im engern Sinn an auch ohne solche Willensübereinstimmung über die Unentgeltlichkeit und freie Gunst, sobald nur das pauperior und locupletior fieri vorhanden ist, so dass alle übrigen Fälle unter den Begriff der Schenkung im weiteren Sinne zu subsumiren sind, während wieder Andere das die Schenkung im engeren Sinn charakterisirende Moment lediglich in dem pauperior fieri des Gebers erblicken und jede Zuwendung unter Lebenden, wodurch eine Bereicherung in der Absicht der Bereicherung vorgenommen und die Bereicherung als in dieser Absicht gemachte angenommen wird, als Schenkung im weiteren Sinn auffassen, so dass nach ihnen Liberalitätsvertrag und locupletior fieri schon für den Begriff der Schenkung im weiteren Sinn unerlässlich ist, mithin, sobald eines von diesen Momenten fehlt, überhaupt jede Schenkung geleugnet werden muss. Fassen die Einen das für die Schenkung im engeren Sinn erforderliche pauperior fieri als positive Minderung des schon erworbenen Vermögens und das locupletior fieri als dauernde Vermehrung desselben, so lassen Andere auch eine in anderer Weise auf Kosten des Vermögens erfolgte Zuwendung für das pauperior fieri genügen und fordern dauernde Bereicherung für das locupletior fieri nicht.[1]) Und Bekker (S. 175) neuerdings will Schenkung im engeren Sinn als Schenkungsgeschäft, Schenkung im weiteren Sinn als Schenkung bezeichnen, und meint damit den Gegensatz einerseits von Schenkungen durch ein Rechtsgeschäft, welches

---

[1]) Vgl. unten II.

den Uebergang eines Rechts aus einem Vermögen in das andere bewirkt und einander entsprechende Willenserklärungen, ein Geben und ein Nehmen, fordert, und andererseits von Schenkungen durch Rechtsübertragungen in ein Vermögen, die von den Uebertragenden beabsichtigt sind, auch wenn sie nicht durch Rechtsgeschäft bewirkt werden, sondern beispielsweise durch satio, plantatio, inaedificatio, sowie durch Handlungen der verschiedensten Art, mittels deren der Handelnde dem Anderen einen geldwerthen Vortheil verschafft, wobei es entweder an Vermögensminderung oder an Vermögensvermehrung oder an beiden fehlt, wie Ertheilung von Unterricht, Dressur und Pflege von Thieren u. dgl.

Sind nun die eigenthümlichen Schenkungsgrundsätze nur auf den Fall der Schenkung im engeren Sinn berechnet, so müssen sie nach den Einen in Fällen platzgreifen, in denen sie nach den Anderen ausgeschlossen sind.

2. Ist es aber überhaupt richtig, was Savigny behauptet und Mancher nach ihm, dass blos für Schenkung im engeren Sinn die positiven Schenkungssätze gelten? Und giebt es einen allgemeinen engeren Begriff der Schenkung, auf den alle diese Sätze gleichmässig Anwendung finden?

Savigny[1]) geht von dem Satz aus, dass es nur drei praktische Beziehungen gebe, um derenwillen die Schenkung ein eigenthümliches Institut bilde und eine scharfe Begrenzung des Begriffs Bedürfniss gewesen sei (Verbot unter Ehegatten, Form, Widerruf), und dass hauptsächlich das Verbot der Schenkung unter Ehegatten den Anlass zur genauen Ausbildung des Begriffes gegeben habe, der dann in dieser scharfen Begrenzung, insbesondere auch mit dem Merkmal des pauperior und locupletior fieri, nicht blos hier, sondern auch für Insinuation und Widerruf zur Anwendung gebracht sei[2]). Danach sei donatio im engeren

---

[1]) System des heut. röm. Rechts IV S. 5 ff.

[2]) Das alte Recht der lex Cincia sei auf so positive Weise bestimmt gewesen (Erforderniss der Manzipation oder Tradition und daneben des Interdiktenbesitzes), dass die sorgfältige wissenschaftliche Entwickelung des Schenkungsbegriffs als ein geringeres Bedürfniss erschien, weil dadurch schon von selbst die meisten Fälle abgeschnitten seien, in denen das Dasein

Sinn diejenige, wo jene einschränkenden Regeln platzgreifen, und bezeichne die ausschliessende Anwendbarkeit derselben, und nichts hindere uns, den deutschen Ausdruck Schenkung in diesem engeren Sinn zu gebrauchen, der unserem wissenschaftlichen Zweck am angemessensten sei.

In diesen Sätzen liegt der Grundfehler der Savignyschen Darstellung. Es ist nicht richtig, dafs der Begriff der Schenkung nur wegen der angeführten drei Rechtssätze von Bedeutung für die Rechtsordnung ist, und es ist nicht richtig, dass der Begriff der Schenkung, wie er positiv bei dem Verbot der Schenkung unter Ehegatten gestaltet ist, allgemeine Anwendung auf alle übrigen Schenkungsgrundsätze leidet.

Gewiss sind die von Savigny angeführten drei Beziehungen von besonderer Wichtigkeit, aber ebenso gewiss sind sie nicht die einzigen. Selbst wenn man zugeben wollte, dass die rechtliche Bedeutung des Schenkungsbegriffs auf den Einschränkungen des Bestands der Schenkung beruht, die veranlasst sind durch die Erwägung, dass die Schenkung nicht zu den durch ein Bedürfniss des Verkehrs geforderten, ja unter Umständen zu den bedenklichen für den Schenker selbst und für andere Personen gefährlichen Geschäften gehört, so würden doch nicht blos die genannten Beschränkungen in Frage kommen. Aber es handelt sich gar nicht blos um Einschränkung: wie ein odium donationis, so giebt es auch einen favor donationis, wie er in der Klagbarkeit des formlosen Schenkungsversprechens und sonst hervortritt, und es giebt mancherlei Schenkungssätze, die sich weder dem Gesichtspunkt der Beschränkung noch dem der Begünstigung unterordnen lassen. Was Savigny (S. 6. N. e.) gegen die Annahme noch anderer praktischer Beziehungen der Schenkung einwendet, ist nicht stichhaltig. Denn dass das durch die Lex Cincia eingeführte Verbot

---

wahrer Schenkung habe bezweifelt werden können; der Widerruf sei niemals von grosser Erheblichkeit gewesen und erst nach dem Zeitalter der grossen Juristen durch Kaiserkonstitutionen ausgebildet worden; hinsichtlich der Insinuation aber seien neue Bestimmungen über den Begriff der Schenkung nicht nöthig gewesen, weil dafür durch die subtilen Untersuchungen der alten Juristen über die Schenkung unter Ehegatten gesorgt gewesen sei.

der Geschenkannahme von Seiten der Anwälte im neueren Recht wegfalle und dies auch nicht mehr als reine Schenkung erscheine, und dass das auf der Lex Julia repetundarun beruhende Verbot der Schenkungen an Magistrate im heutigen Recht nicht mehr gelte und schon bei den Römern in mehrfacher Weise modifizirt sei, das ist doch, wenn es sich um die Frage handelt, was die Römer unter diesen verbotenen Schenkungen verstanden haben, kein Grund, die rechtliche Bedeutung des Schenkungsbegriffs auch in diesen Beziehungen zu leugnen. Nicht minder gilt das von dem Satz, dass das Hauskind trotz libera administratio aus dem peculium nichts wegschenken darf: dass ausser der Schenkung noch manches andere ausserhalb der Grenzen der Vermögensverwaltung liegt, dass das Hauskind auch nicht manumittiren und den Vater durch Delikte nicht verpflichten könne, welche Handlungen keine Schenkungen seien, beweist nichts dagegen, dass ausser anderen Handlungen ihm auch Schenkungen verboten sind, und überhebt nicht der Nothwendigkeit, den Begriff der Schenkung auch in dieser Richtung zu bestimmen. Dass ferner der Vater nicht blos Schenkungen, sondern auch andere Veräusserungen an das Hauskind nicht wirksam vornehmen kann, ist zwar richtig, aber gerade für die Schenkung gilt der besondere Satz, das sie konvalescirt, wenn sie bei der Emanzipation nicht zurückgezogen wird. Und der Satz endlich, dass dem Minderjährigen, selbst wenn er venia aetatis erlangt hat, niemals die Schenkung eines Grundstücks durch Dekret erlaubt werden solle, ist doch in der That ein speziell auf die Veräusserung titulo donationis bezüglicher, zu dem der weitere besondere Satz kommt, dass, während andere ohne Dekret vorgenommene Veräusserungen durch fünfjähriges Schweigen nach erlangter Grossjährigheit konfirmirt werden, die schenkweise Veräusserung erst nach 10 bezüglich 20 Jahren Giltigkeit erlangt.

Aber sind denn die von Savigny als nur angebliche weitere praktische Beziehungen der Schenkung angeführten Sätze die einzigen? Auch wenn man sich ausschliesslich an die Bestimmungen des römischen Rechts hält, lässt sich eine grosse Zahl von Rechtssätzen nachweisen, die sich auf die Schenkung beziehen und bei denen überall die Frage sich aufwirft, was der betreffende Rechtssatz unter Schenkung versteht, und ob es richtig ist, anzu-

nehmen, dass der beim Verbot der Schenkungen unter Ehegatten ausgebildete Begriff der Schenkung auch ihm zu Grund zu legen sei. Es wird genügen, einige der wichtigsten anzuführen.

Gewisse haeretici sind beschränkt in der Fähigkeit, Schenkungen zu machen und anzunehmen. Der Wegtaufende und der Weggetaufte verliert die Fähigkeit zu schenken. Schenkungen von Curialen bedurften früher eines Dekrets und sind später ganz verboten. Der durch curiae oblatio Legitimirte darf eine väterliche Schenkung, der Vormund eine dem Mündel gemachte Schenkung nicht ausschlagen. Schenkungen des Vaters an liberi naturales sind ursprünglich ungiltig und fallen beim Vorhandensein von ehelichen Kindern an diese, sonst an den Fiskus. Das an die Frau eines Hochverräthers titulo donationis von ihrem Mann Gekommene fällt an den Fiskus. Die bei gesetzlich verbotener Ehe von einem Theil an den anderen gemachte Schenkung wird dem Beschenkten als indignus vom Fiskus entrissen. Der coniux binubus darf beim Vorhandensein von Kindern erster Ehe seinem Ehegatten nicht mehr schenken als dasjenige Kind hat, dem er am wenigsten geschenkt hat. Wer von einem Kirchenvorstand eine der Kirche gehörige Sache durch Schenkung erwirbt, muss nicht blos die Sache zurückgeben, sondern ausserdem auch aliud tantundem leisten. Geschenke an den Kirchenvorsteher für den unzulässigen Verkauf einer Kirchensache werden der Kirche erworben. Wer einer pia causa ein unfruchtbares Grundstück geschenkt hat, muss nicht nur dasselbe zurücknehmen, sondern auch den der Schenknehmerin durch den bisherigen Besitz erwachsenen Schaden ersetzen. Schenkungen von Seiten desjenigen, dem ein sog. fideicommissum eius quod supererit aufgelegt ist, gehören, obgleich nach Digestenrecht der Fiduziar freie Verfügung über das Vermögen hat, zu den intervertendi fideicommissi gratia facta, wenn sie nicht durch die Sachlage besonders gerechtfertigt erscheinen. Die Verpflichtung aus dem Schenkungsversprechen wird dem verum debitum entgegengesetzt und milder beurtheilt, vor Allem steht dem Schenker das beneficium competentiae in weitem Umfang zu. Gegen den Schenker als einen, cui reverentia debetur, ist keine actio famosa, sondern nur actio in factum zulässig. Der Beschenkte hat nicht Anspruch auf accessorisches

commodum. Auf Grundstücksschenkungen eines Curialen an einen Nichtcurialen liegt eine Steuer, von der nur Verwandte in auf- und absteigender Linie befreit sind. Schenkungen sind unter Umständen zu konferiren und auch in den Pflichttheil zu imputiren. Gegen den Beschenkten steht ex persona auctoris die exceptio doli zu. Das durch Schenkung der mütterlichen Ascendenten an das Hauskind Gekommene gehört zu den bona adventicia, die Schenkung des Regenten zum peculium quasi castrense, die Schenkung von Seiten Dritter je nachdem zum peculium castrense oder zu den bona adventicia, regularia oder irregularia. Der Erwerb durch Schenkung von Seiten des servus fructuarius und dotalis fällt nicht an den Usufruktuar und Ehemann und von Seiten eines socius bei der societas quaestus nicht in das gemeinschaftliche Vermögen. Wenn der Usufruktuar die Ausübung seines Rechts einem Anderen donationis causa überlässt, so ist das, anders als wenn er es gegen Entgelt thut, kein uti, und daher tritt, wenn auch der Beschenkte nicht ausübt, Erlöschen der Servitut durch non usus ein. Wer schenkungshalber causam testamenti omittit, haftet, anders als der, der dies pretio accepto thut, nicht oder nur in subsidium. Der Pupillarsubstitut des enterbten Kindes erhält das, was donationibus propinquorum et amicorum an das Kind gekommen ist. Die vom Mann giltig beschenkte Frau haftet wegen dessen Primipilarschuld in subsidium. Die actio Publiciana wegen des Kindes einer geschenkten Sklavin erfordert bona fides noch im Moment der Klaganstellung. Die donationis causa cedirte Forderung geht vor Justinian beim Tod des Erblassers vor der litis contestatio nicht auf die Erben über.

Dass bei all diesen wie bei den vielfachen anderen in älteren und neueren Gesetzen[1]) enthaltenen Sätzen gefragt werden muss, was unter der von ihnen in's Auge gefassten Schenkung zu verstehen ist, ist klar, und der Umstand, dass die Antwort in vielen Fällen keine Schwierigkeit bereitet, ändert an der Nothwendigkeit

---

[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält ausserhalb des von der Schenkung handelnden Titels eine Reihe von Rechtssätzen, die sich auf die Schenkung beziehen: § 1301, 1406, 1446, 1453, 1477, 1521, 1551, 1584, 1641, 1804, 2113, 2205, 2207, 2287, 2288, 2325 ff.

dieser Frage nichts. Lässt sich nun aber überhaupt eine einheitliche Antwort geben? Ist der Begriff der Schenkung, der ja nicht von der Rechtsordnuug geschaffen, sondern, dem Leben angehörend, von der Rechtsordnung übernommen ist, ein rechtlich so scharf begrenzter, dass überall da, wo diese ihn verwendet, derselbe Begriff als zu Grund liegend angenommen werden muss? Die Savignysche Ansicht setzt voraus, dass der Gesetzgeber das Wort Schenkung immer in dem gleichen Sinne versteht. Das ist schon für das römische Recht nicht richtig, noch weniger trifft das zu bei dem Gebrauch des Wortes in neueren Gesetzen. Die Behauptung Savignys, nichts hindere uns, den deutschen Ausdruck Schenkung in dem engeren Sinne zu gebrauchen, in dem die römischen Juristen das Wort donatio in der Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten verstehen, weil dieser Sinn unserem wissenschaftlichen Zwecke am angemessensten sei, ist eine schlechthin haltlose Vergewaltigung. Selbst wenn der Gesetzgeber bei Aufstellung eines Rechtssatzes über Schenkung den Begriff derselben definirt, so ist damit nicht ohne weiteres gesagt, dass auch bei einem anderen Rechtssatz, wo solche Definition fehlt, der gleiche Begriff gemeint sei[1]). Daraus, dass das Ausschlagen einer deferirten Erbschaft von Seiten des Mannes zu Gunsten der substituirten Frau nicht als Schenkung gilt im Sinn des Verbots der Schenkung unter Ehegatten, folgt sicher nicht, dass, wenn ein mütterlicher Ascendent die Erbschaft zu Gunsten des substituirten Hauskinds

---

[1]) Das preuss. Landrecht I 11 § 1037 definirt Schenkung als Vertrag, wodurch Einer dem Anderen das Eigenthum einer Sache oder eines Rechtes unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet. Nach der preuss. Vormundschaftsordnung § 38 darf der Vormund Schenkungen für den Mündel nicht vornehmen, ausser die üblich und durch die Vermögensverwaltung begründet sind. Das Reichsgericht, Entsch. in Civilsachen, Bd. 33 S. 210, sagt: Das Gesetz versteht unter Schenkungen nicht blos Schenkungen im engeren juristischen Sinne, bei welchen der eine Theil durch Uebereignung eines in seinem Vermögen befindlichen Gegenstandes ärmer, der andere Theil um diesen Gegenstand reicher wird, sondern jeden positiven Freigebigkeitsakt; unter den § 38 fällt daher auch der Verzicht auf eine dem Mündel bestellte Sicherheit, sofern die Aufgabe des Rechts den Charakter der Freigebigkeit hat. Vgl. auch die Citate daselbst S. 211 A. 1.

ausschlägt in der erklärten und vom Substituten angenommenen Absicht, diesem damit eine Schenkung zu machen, dies nicht als Schenkung behandelt und die erworbene Erbschaft statt dem adventizischen Vermögen des Kindes dem Vater erworben wird, oder dass der Satz, wonach bei gesetzlich verbotener Ehe die von einem Theil dem anderen gemachte Schenkung dem Beschenkten vom Fiskus entzogen wird, diesen Fall nicht ergreift. Darum, weil es nicht unter den Begriff der unter Ehegatten verbotenen Schenkung fällt, wenn der eine dem anderen verbrauchbare Luxusgegenstände[1]) oder Geld zu einer Reise oder zum Wiederaufbau eines abgebrannten Hauses oder dignitatis causa oder in sportulas oder ein Grundstück zum Begräbnissplatz giebt, kann doch nicht gesagt werden, dass der mit einem fideicommissum eius quod supererit belastete Erbe, dem Schenkungen untersagt sind, derartige Zuwendungen machen, oder ein haereticus, ein Beamter, dem nicht geschenkt werden darf, sie annehmen dürfe, oder dass auf sie die revocatio propter ingratitudinem, die querela inofficiosae donationis, die Verpflichtung zur Kollation, die Klagbarkeit des nudum pactum und die Zuständigkeit des beneficium competentiae, der Satz vom Zustehen der actio Pauliana ohne scientia fraudis, von dem Zustehen der exceptio doli gegen den durch Schenkung vom Betrüger Erwerbenden nicht Anwendung finde. Der Umstand, dass im Sinne eines einzelnen Rechtssatzes eine unentgeltliche Zuwendung nicht als Schenkung zu betrachten ist, d. h. von diesem Schenkungssatz nicht betroffen wird, beweist nicht im Entferntesten, dass sie überhaupt für die Rechtsordnung nicht Schenkung sei. Soll etwa der Beamte, dem 100000 geschenkt werden, damit er seinen Repräsentationspflichten besser nachkommen kann, sagen dürfen: das ist dignitatis causa gegeben, das dignitatis causa Gegebene ist aber keine unter Ehegatten verbotene Schenkung, also überhaupt Nichtschenkung, und daher ist es für mich nicht verboten, sie anzunehmen? Oder soll der, dem ad sportulas oder zu

[1]) Von derartigen munera mortalia, wie Seneca de benef. I 12 sie nennt, Schenkungen von Leckereien, wie Champignons, Fische, Honig, Wein u. dgl., vgl. zahlreiche Beispiele bei Martial Epigr. XIII. 3, 6, 27, 48, 69, 91, 98, 102—105, 109—112.

einer Reise eine Summe über 500 solidi geschenkt ist, sich darauf berufen dürfen, dass das unter Ehegatten als Nichtschenkung gelte, mithin, da dieser Begriff der überall massgebende sei, diese Zuwendung der Insinuation nicht bedürfe?

**3.** Gewiss hat die Rechtsordnung nur mit dem Begriff der Schenkung zu thun, der für sie relevant ist, also insofern sie einen Rechtssatz über Schenkung aufstellt. Wenn sie dies thut, ohne zu bestimmen, was sie unter Schenkung verstanden wissen will, so operirt sie dabei mit dem Begriff des Lebens, wie ihn der gewöhnliche Sprachgebrauch versteht — nehmen wir zunächst an, dass dies unentgeltliche Zuwendung eines Vortheils sei. Nun kann sich in der Praxis ergeben, dass der für Schenkungen schlechthin aufgestellte Rechtssatz seinem Sinn und Zweck nach nicht auf alles das passt, was man im Leben als Schenkung bezeichnet; man wird dann sagen: auf diejenigen Schenkungen, welche nicht noch die und die besonderen Momente aufweisen, findet der Rechtssatz keine Anwendung; statt dessen kann man, da für die Rechtsordnung nur die rechtlich normirte Schenkung in Betracht kommt, auch sagen: Schenkung ist nur dasjenige, wobei diese besonderen Merkmale zutreffen, indem man dabei eben an die für das Recht allein relevante und von dem betreffenden Rechtsatz gemeinte Schenkung denkt. Dieser zweiten Ausdrucksweise sich zu bedienen ist dann unbedenklich, wenn nur dieser eine Rechtssatz über Schenkung existirt, in dessen Veranlassung die Abweichung von Sprachgebrauch des Lebens sich gebildet hat. Gefährlich aber wird sie, wenn noch weitere Rechtssätze über Schenkung aufgestellt werden und bei ihrer Handhabung vergessen wird, dass der so modifizirte Schenkungsbegriff gerade nur in Veranlassung jenes einzelnen Rechtssatzes, aus dessen besonderer Natur und Tendenz heraus, entstanden ist: man wird dann zu der Annahme verführt, als ob der Schenkungsbegriff überhaupt für die Rechtsordnung ein anderer und im Rechtsinn Schenkung nur da vorhanden sei, wo die für die Anwendbarkeit jenes einzelnen Rechssatzes nothwendigen weiteren Merkmale vorliegen, während doch diese Einschränkung des Begriffs nichts weniger als eine allgemeine ist, vielmehr bei anderen Schenkungssätzen

kein Grund für eine Abweichung von dem vulgären Begriff bestehen oder eine Modelung und Beschränkung desselben in ganz anderer Weise durch ihren Sinn und Zweck geboten sein kann. Die Nüancen des Begriffs bei dem einen Rechtssatz dürfen nicht in den Begriff selbst aufgenommen und dadurch verallgemeinert werden. So ist z. B. auch der Begriff der Frucht auf dem Rechtsgebiet in gewisser Richtung, soweit es sich um das Fruchtziehungsrecht Dritter handelt, eingeschränkt gegenüber dem, was der gewöhnliche Sprachgebrauch unter Frucht versteht. Es ist hier nicht jedes organische Erzeugniss der Sache, sondern nur dasjenige, zu dessen Gewinnung die Sache bestimmt ist und das einen regelmässigen Ertrag derselben bildet: der Usufruktuar hat nicht Anspruch auf alle Früchte, sondern nur auf diejenigen, welche die angeführten Merkmale aufweisen, er erwirbt nicht das Eigenthum am partus ancillae. Wenn statt dessen in der Lehre vom Ususfruktus gesagt wird: Frucht ist nur dasjenige, was in Gemässheit der Bestimmung der Muttersache aus ihr gewonnen wird, indem für das Fruchtziehungsrecht des Usufruktuars nur dies als Frucht erscheint, so ist damit der Begriff der Frucht selbst nicht geändert; die Nüance, wie sie durch den Inhalt des usufruktuarischen Rechtes geboten ist, bleibt auf diesen Rechtssatz beschränkt, und es wird Niemand daran denken, bei dem Satz, dass der Eigenthümer der Muttersache an den Früchten im Moment der Separation neues Eigenthum erwirbt, den gleichen Begriff zu Grund zu legen und dem Eigenthümer der Sklavin das Eigenthum des Kindes abzusprechen, weil der partus ancillae nicht Frucht sei.

So ist es auch den Römern nicht in den Sinn gekommen, in dieser Weise einen allgemeinen engeren Begriff der donatio aufzustellen. Sie kennen nicht einen einheitlichen spezifisch juristischen Thatbestand der Schenkung, mit dem gleichmässig alle die verschiedenen Schenkungsfolgen verknüpft wären. Sie operiren mit dem Begriff als einen im Leben gegebenen und erörtern bei den einzelnen Schenkungsgrundsätzen, was der besondere Thatbestand für den Eintritt des betreffenden Rechtssatzes sei, wenn nach der ratio desselben der gewöhnliche Begriff ihnen nicht anwendbar erscheint: aber sie denken nicht daran, deshalb,

weil wegen des Fehlens der für die Anwendbarkeit dieses einzelnen Schenkungssatzes erforderlichen Momente eine Schenkung im Sinn dieses einen Rechtsatzes nicht vorliegt, die Anwendbarkeit aller anderen Schenkungssätze von diesen Voraussetzungen abhängig zu machen, mithin diese Momente zu allgemeinen Merkmalen des Schenkungsbegriffs zu erheben und bei ihrem Fehlen das Vorliegen einer Schenkung im Rechtssinn überhaupt zu negiren.

Freilich ist unbestreitbar, dass sie bisweilen nur das Schenkung nennen, was den für eine bestimmte Rechtsfolge erforderlichen Thatbestand aufweist: es wird mehrfach in Fällen, wo den rein begrifflichen Merkmalen nach eine Schenkung angenommen werden muss und nur ausgedrückt werden soll, dass es an dem die Anwendbarkeit des Rechtssatzes bedingenden Thatbestand fehlt, die Existenz einer donatio geradezu geleugnet. Aber das ist keineswegs ein feststehender, nicht einmal der regelmässige Sprachgebrauch. Vielmehr wird gewöhnlich von Schenkung schlechthin im Sinne des Lebens ohne jede juristische Ausprägung und Modelung des Begriffs gesprochen, und wenn dieser nach der Natur eines bestimmten Rechtssatzes nicht als anwendbar erscheint, speziell erklärt, dass in dem bestimmten Fall dieser Rechtssatz nicht platzgreift, indem nicht eine Schenkung der Art vorliege, wie dieser Rechtssatz sie voraussetzt. So wird allerdings in l. 11 de don. der Satz, dass bei der Frage nach dem Ueberschreiten des legitimus modus der Lex Cincia die fructus naturales und civiles der geschenkten Sache nicht mit in Anrechnung kommen, dass also das Schenkungsverbot sich hierauf nicht erstreckt, von Gaius in der Form ausgedrückt: neque fructuum neque pensionum ulla donatio facta esse videtur[1]); aber in l. 23 pr. eod. heisst es in Bezug auf den gleichfalls von dem Verbot der Lex Cincia nicht betroffenen schenkweisen Erlass künftiger

---

[1]) Die in l. un. C. de impon. lucr. descr. 10, 36 auf Schenkungen und sonstige lukrative Zuwendungen gelegte Steuer soll die von Eltern den Kindern gemachten Schenkungen nicht treffen: denn sub liberalitatis appellatione naturale debitum persolvitur — also: dieser die Schenkungen betreffende Rechtssatz soll für Schenkungen der Eltern an die Kinder nicht gelten = diese Zuwendungen an die Kinder sind keine Schenkung. Vgl. Schwanert, Naturaloblig. S. 107.

Zinsen nicht, dass das nulla donatio sei, sondern dass in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii non incurrit[1]). Und ebenso wird zwar in l. 21 pr. de don. i. v. et u. 24, 1 die Frage, ob das Zahlen des vectigal quod in itinere praestari solet von Seiten des Mannes für die Frau keine Schenkung sei wegen Mangels des locupletior fieri, mit der Erklärung beantwortet, dass das nicht unter das Schenkungsverbot falle, also Nichtschenkung und nicht verbotene Schenkung als identisch[2]) und Schenkung nur als verbotene, mithin die speziellen Voraussetzungen des Verbots an sich tragende Schenkung genommen; aber in l. 5 § 13, 14 eod. wird wieder hinsichtlich der Frage, ob das schenkungshalber erfolgte Ausschlagen einer Erbschaft oder eines Legats von Seiten des Mannes zu Gunsten der Frau von dem Verbot betroffen werde, nicht gesagt, dass dies wegen Fehlens der Voraussetzung des pauperior fieri des Mannes keine Schenkung sei, sondern vielmehr, dass aus diesem Grund donationem valere. Und wie die oben zitirte l. 11 de don. die Frage, ob die Früchte der geschenkten Sache mit als geschenkt gelten, in Bezug auf die Anwendbarkeit der Lex Cincia mit den Worten neque fructuum neque pensionum ulla donatio facta esse videtur verneint, so wird für den gleichen Fall in Bezug auf die Anwendbarkeit des Verbots unter Ehegatten in

---

[1]) Derselbe Thatbestand aber, der in l. 23 pr. als eine vom Verbot der Lex Cincia nicht betroffene Schenkung erscheint, der Erlass künftiger Zinsen, ist nach l. 21 § 1 de don. i. v. et u. eine unter das Verbot der Schenkung unter Ehegatten fallende Schenkung: das Verbot der Lex Cincia hat einen andern Thatbestand zur Voraussetzung als das Verbot der Schenkung unter Ehegatten. Wie nun für den Satz, dass die Lex Cincia nicht Anwendung leidet auf Früchte der geschenkten Sache, in l. 11 cit. die Wendung gebraucht ist: es ist dies keine Schenkung, ebenso gut könnte für den Satz der l. 23 pr. cit., dass der Erlass künftiger Zinsen eine Schenkung sei, auf welche die Lex Cincia nicht Anwendung leide, gesagt sein: es ist dies keine Schenkung. Dann hätten wir das Resultat: derselbe Thatbestand (Erlass künftiger Zinsen) ist für die Lex Cincia Nichtschenkung, hingegen für das Verbot unter Ehegatten Schenkung — was Schenkung heisst, ist im Gebiet der Lex Cincia etwas anderes als unter Ehegatten.

[2]) In gleicher Weise bezeichnet l. 21 § 1 eod. die Frage, ob etwas Schenkung ist oder nicht, und die Frage, ob etwas verbotene oder erlaubte Schenkung ist, als eadem quaestio.

l. 17 de don. i. v. et u. auf die Frage, si ex fructibus praediorum, quae donata sunt, locupletata sit uxor, an in causam donationis cadant, geantwortet: fructus quoque ut usuras licitam habere donationem.

Dass in Bezug auf das Verbot der Schenkung unter Ehegatten derjenigen Schenkung, der das speziell hierfür erforderliche Moment des pauperior und locupletior fieri in der besonderen Bedeutung der Minderung des bereits erworbenen Vermögens des Schenkers und der dauernden Erhöhung des Totalwerthes des Vermögens auf Seiten des Beschenkten fehlt, bisweilen der Charakter der Schenkung ganz abgesprochen wird, indem man eben nur das Gebiet dieses Rechtssatzes ins Auge fasst, verdrängt bei den Römern keineswegs die korrektere Auffassung, wonach das, was begrifflich Schenkung ist, auch wirklich als Schenkung bezeichnet und nur gesagt wird: nicht für alle Schenkungen gilt das Verbot unter Ehegatten, sondern nur für diejenigen, welche nach der ratio desselben [1]) als wirklich bedenklich und bekämpfenswerth erscheinen. Dies zeigt deutlich der Ausspruch Ulpians, mit dem er die Zulässigkeit der donatio sepulturae causa begründet: hoc ex eo venit, quod definiri solet, eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem [2]), porro hic non videtur locupletior fieri in re quam religioni dicavit (l. 5 § 8 D. 24, 1). Und derselbe Ulpian, der in l. 18 § 1 de don. in Bezug auf die traditio servi manumittendi causa sagt, dass, wenn die Manumission sofort erfolgen solle, keine Schenkung vorliege (donationi locum non esse), nimmt an anderer Stelle (Ulp. frg. VII, 1.) keinen Anstand, in diesem Fall von Schenkung zu sprechen und sie als unter die Ausnahmen vom Verbot der Schenkung unter Ehegatten fallend zu erklären (donatio non valet, nisi — servi manum. gratia). Und der Ausspruch von Paulus Sent. II 23 § 2: manumissionis gratia

---

[1]) Ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret, l. 1, 3 pr. D. 24, 1.

[2]) Vgl. auch l. 25 D. 24, 1.: ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit.

inter virum et uxorem donatio favore libertatis recepta est, vel certe quod nemo ex hac fiat locupletior, deutet darauf hin, dass dies, obgleich das Moment des locupletior fieri fehlt, an sich als Schenkung erscheint und streng genommen von dem Verbot mitbetroffen würde, wenn nicht favore libertatis eine Ausnahme gemacht wäre, während nach der späteren Auffassung, die das Moment des locupletior fieri als für den Begriff der Schenkung im Sinne dieses Verbotes wesentlich festgestellt hat, für diesen Fall nicht mehr der Gesichtspunkt der Ausnahme, sondern der Regel massgebend ist[1]).

Wird sonach für ganz denselben Thatbestand die zwiefache Wendung gebraucht: es ist keine Schenkung, weil ein bestimmter Rechtssatz nicht Anwendung findet — und: es ist Schenkung, aber der bestimmte Rechtssatz findet nicht Anwendung, so kann man nicht den generellen Satz aufstellen: für die Rechtsordnung ist überhaupt Schenkung nur vorhanden beim Vorliegen des für die Anwendung dieses einen Rechtssatzes erforderlichen Thatbestandes, und man kann aus dem Ausspruch: das und das ist keine Schenkung im Sinn dieses einen Rechtssatzes, nicht folgern, dass das auch im Sinne eines anderen Rechtssatzes keine Schenkung sei. Mit einem Wort: es giebt, bei den Römern wie bei uns, keinen in festbegrenzter Weise juristisch umgeprägten allgemein gültigen Begriff der Schenkung; wir reichen nicht aus mit einem einzigen Thatbestand, an den sich alle die verschiedenen Schenkungssätze knüpften: ist auch Schenkung immer unentgeltliche Zuwendung eines Vortheils, so giebt es doch innerhalb dieses Thatbestandes verschiedene Gestaltungen, und die mannigfachen Folgen, die man

---

[1]) Bei dem Ueberlassen von operae servorum ist ein pauperior fieri im Sinne des Verbotes der Schenkung unter Ehegatten nicht vorhanden, es könnte also wie in l. 11 de don. gesagt werden: nulla donatio facta esse videtur; statt dessen erkennt die l. 28 § 2 D. 24, 1 Schenkung an und erklärt nur: nullam habendam earum rationem, weil das ius prohibitae donationis non amare tractandum est. Und die l. 5 § 16 eod. bezeichnet die donatio als gültig, ubicunque non deminuit de facultatibus suis qui donavit, wie die l. 3 D. 41, 6 von donare spricht, si pauperior is qui donavit non fieret.

schlechthin als Schenkungsfolgen bezeichnet, haben bald die eine, bald die andere zur Voraussetzung. Speziell die Behauptung, dass Schenkung nur dasjenige sei, was von dem Verbot der Schenkung unter Ehegatten als Schenkung behandelt wird, ist sprach- und quellenwidrig.

4. Aber die Gegenwart bedarf, meint Bekker (Pand. II S. 174, Beil. I C.), eines einheitlichen Schenkungsrechts, was eben nothwendig einen einheitlichen Schenkungsbegriff voraussetzen würde.

Man möchte zunächst annehmen, dass es sich dabei um eine Aufforderung an den Gesetzgeber handele, den Begriff der Schenkung zu definiren, so dass jedem in Zukunft über Schenkung aufgestellten Rechtssatz der gleiche Begriff zu Grund liege. Gewiss würde das dem Bedürfniss nach Vereinfachung des Rechtes entsprechen und die Ursache zahlreicher Prozesse aus der Welt schaffen. Aber andererseits wäre das, wie jede definitio in iure, nicht ohne Gefahr und würde schliesslich doch nichts helfen. Handelt es sich um eine blosse Definition im Sinne eines logischen Urtheils, so ist, da logische Urtheile nicht Recht schaffen, im Fall einer unrichtigen Definition der Richter nicht an sie gebunden hinsichtlich der Frage, ob ein Rechtssatz über Schenkung auf einen gewissen, von der Definition des Gesetzgebers nicht getroffenen Thatbestand Anwendung findet: wird z. B. im preussischen Landrecht I 11 § 1037 die Schenkung unrichtig definirt als Vertrag, wodurch Einer dem Anderen das Eigenthum einer Sache oder eines Rechtes unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet, so schliesst diese falsche Definition die Anwendung der Schenkungsgrundsätze auf den Fall unmittelbarer Uebertragung eines Rechtes oder Befreiung von einer Verbindlichkeit nicht aus. Ist aber der Sinn der gesetzlichen Definition der, dass sich mit ihr der Befehl verbindet, es soll dem Wort, so oft es in diesem Gesetz gebraucht ist, dieser Begriffsinhalt gleichgesetzt werden, so ist allerdings diesem Imperativ gegenüber eine Korrektur durch die Wissenschaft nicht möglich, wohl aber kann der Gesetzgeber selbst, sei es infolge besserer Erkenntniss, sei es infolge Vergessens seiner früheren Bestimmung, das Wort später in einem anderen Sinn brauchen und damit die Kraft jenes Befehles auf-

heben; und bei jedem späteren Gesetz über Schenkung wird die Frage, was dasselbe unter Schenkung versteht, wieder auftauchen und nicht ohne weiteres durch Berufung auf jenes hac lege in perpetuum valitura sancimus beantwortet werden können[1]). Nehmen wir an, dass erst nach dem bürgerlichen Gesetzbuch mit seiner als bindend gedachten Definition der Schenkung als einer Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert, wenn beide Theile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt (§ 516), die Bestimmungen der Konkursordung und des Gesetzes vom 27. Juli 1879 über das Anfechtungsrecht der Gläubiger getroffen und dabei statt des Ausdrucks »unentgeltliche Verfügung« das Wort Schenkung gebraucht sei, so könnte es einem Zweifel nicht unterliegen, dass nach der ratio dieser Bestimmungen unter Schenkung nicht blos das zu verstehen wäre, was das Gesetzbuch allein als Schenkung betrachtet wissen will: denn ob der Empfänger von der Schenkungsabsicht des Verfügenden Kenntniss hat und ihr zustimmt, kann nicht Voraussetzung für Anwendung eines Gesetzes sein, welches die auch ohne solche Acceptation des Schenkungswillens vorhandene Verkürzung der Gläubiger verhindern will[2]). Andererseits liegt unentgeltliche Verfügung vor und kann in diesem Sinne (wenn wir von der positiven Vorschrift in § 517 des BGB. absehen) Schenkung angenommen werden müssen im Fall der donationis causa erfolgten Ausschlagung einer deferirten Erbschaft zu Gunsten eines anderen mit dieser Absicht Uebereinstimmenden: aber sie würde trotzdem von diesen Bestimmungen nach ihrer ratio nicht getroffen werden, da die Gläubiger wohl verlangen können, dass der Schuldner das bereits vorhandene Vermögen ihnen nicht entziehe, nicht aber auch, dass er sich einer in dem Unterlassen der ihm möglichen Vermehrung seines Vermögens

---

[1]) Vergl. oben S. 12 Anm. 1.

[2]) Vgl. Planck, Bürg. Gesetzbuch II S. 283 Ziff. 5: wenn gleich die Schenkung erst mit der Annahme vollendet wird, so darf doch nicht bezweifelt werden, dass die Vorschriften, welche die Vornahme von Schenkungen verbieten oder einschränken, auf die einseitigen Zuwendungen mit Schenkungsabsicht sinngemäss anzuwenden sind.

liegenden Minderung des Vermögensstands enthalte[1]). Und wieder wäre es keine unentgeltliche Verfügung und Schenkung, wenn vertragsmässig der Empfänger dem Zuwendenden ein nicht geldwerthes Aequivalent zu leisten hat: und doch wird nicht in jedem solchen Fall die Anwendung jener Bestimmungen ausgeschlossen sein.

Aber es scheint, als ob Bekker mit seiner Forderung eines einheitlichen Schenkungsrechts und Schenkungsbegriffs für die Gegenwart das geltende gemeine Recht im Auge habe, indem er das auf Herstellung eines solchen gerichtete Bestreben der Romanisten, wenn auch nicht als ein rein wissenschaftliches, so doch berechtigtes darum anerkennt, weil ihre Aufgabe die Herstellung eines der Gegenwart brauchbaren Rechts gewesen sei. Aber hängt denn die Brauchbarkeit des Schenkungsrechts davon ab, dass bei allen Rechtssätzen über Schenkung ein und derselbe Begriff zu Grund gelegt wird? Und ist es, wenn dies nach dem geltenden Recht nicht der Fall ist, Aufgabe der Romanisten, trotzdem aus Rücksichten der Nützlichkeit die Thatbestandsumgrenzung willkürlich enger oder weiter, wenn nur fest und sicher, zu ziehen? Dass das nicht angeht, erkennt ja auch schliesslich Bekker selbst an: »alle Schenkungssingularitäten auf die unentgeltlichen Zuwendungen im weiteren Sinn auszudehnen, dafür fehlt ebenso die legislativpolitische Begründung wie der Anhalt in den Quellen oder in der modernen Aequitas, sonach sind wir genöthigt, trotz allem Streben nach Vereinfachung auch für das heutige gemeine Recht bei den Schenkungen einen engeren und einen weiteren Begriff anzunehmen.«

**5.** Wenn nun auch feststeht, dass aus besonderen Gründen bei dem einen Rechtssatz das Wort Schenkung eine andere Bedeutung haben kann als bei dem anderen, so ist, da der Begriff von der Rechtsordnung weder im Allgemeinen noch für den einzelnen Satz erst geschaffen, sondern nur in dieser oder jener Be-

[1]) Vgl. l. 1 § 6. D. 38, 5: — si hereditatem libertus non adierit fraudandi patroni causa, Favianam cessare — sufficit enim patrono, si nihil de suo in necem eius libertus alienavit, non si non adquisiit. L. 6 pr. D. 42, 8. Vgl. auch l. 68 § 1. D. 17, 2. — Anders bei dem in fraudem fisci Geschehenden: idem iuris est et si non quaeratur, l. 45 pr. D. 49, 14.

ziehung umgeprägt und näher bestimmt ist, bei Feststellung des Begriffs nothwendig zunächst von dem Sprachgebrauch des Lebens auszugehen. Denn wenn ein Gesetz den Begriff der Schenkung als bekannt voraussetzt, so versteht es ihn, sofern nicht aus besonderen Gründen ein anderes sich ergiebt, einfach in Gemässheit des allgemeinen Sprachgebrauchs, wie das bei allen anderen nicht spezifisch juristischen Begriffen der Fall ist: ex communi usu nomina exaudiri debent (l. 7 § 2 D. 33, 10). Allerdings versteht auch dieser unter Schenkung und Schenken, donatio und donare[1]) verschiedenartiges. Von Schenken der Freiheit, wobei es sich für den Schenker um den Verlust, aber für den Empfänger nicht um den Erwerb eines Vermögensrechts handelt, wird gesprochen wie von Schenkung der Civität und der Emanzipation, wo weder das eine noch das andere der Fall ist; von Schenkung einer Sache wird gesprochen ebenso da, wo das Geben und Empfangen der Sache nicht den mindesten Einfluss auf das Vermögen beider Theile übt, wie da, wo der Geber eine positive Einbusse an seinem Vermögen erleidet, ohne dass das Vermögen des Empfängers in seinem Betrag erhöht wird, wie endlich da, wo der Minderung des einen Vermögens eine entsprechende Vermehrung des anderen gegenübersteht: ich schenke einen selbstgepflückten pekuniär werthlosen Strauss von Feldblumen, ich schenke ein kostbares, schnell vergängliches Bouquet (man denke an den drei Meter hohen, in eigenem Eisenbahnwagen transportirten Blumenkorb, der einer fürstlichen Person durch seine Fahrt begleitende besondere Vertrauensmänner zu ihrem Geburtstag überreicht wird), ich schenke eine seltene ausdauernde Blattpflanze; ich schenke einen werthlosen Stein, eine werthlose Jagdtrophäe, woran sich für mich wie für den Empfänger gemeinsame Erinnerung knüpft, ich schenke hundert Stück Austern, die der Empfänger sich nie gekauft hätte, ich schenke einen Brillantschmuck, der das Vermögen um Tausende erhöht.

---

[1]) Die Behauptung von Schilling, Instit. III S. 741 f., dafs donare eine weitere Bedeutung habe als donatio, indem das Hauptwort nur auf die Zuwendung von Vermögensvortheilen bezogen werde, donare aber auf jede Zuwendung eines Rechts oder Guts, gleichviel ob dies zum Vermögen gehört oder nicht, ist so allgemein nicht richtig.

Welches ist das allen diesen Fällen gemeinsame Merkmal, das sie trotz aller Verschiedenheit gleichmässig zur Schenkung stempelt? Kein anderes als das der unentgeltlichen ohne Gegenleistung erfolgenden Zuwendung. Das ist das Moment, welches die Grundlage des Begriffs bildet; wo es fehlt, wo die rechtsgeschäftliche Absicht auf die Erlangung eines Aequivalents gerichtet ist, da ist zweifellos Schenkung nicht vorhanden und kann kein Rechtssatz über Schenkung Anwendung finden. Wenn etwa Jemand in solchem Falle doch von Schenkung spräche, so könnte durch solche dem Sachverhalt widersprechende Erklärung selbstverständlich nicht bewirkt werden, dass die Zuwendung nach den Grundsätzen der Schenkung behandelt würde[1]). Und sowenig wie der Einzelne, sowenig hat die Rechtsordnung die Macht, eine Zuwendung, der das Moment der Unentgeltlichkeit fehlt, zur Schenkung zu machen. Der Begriff unterliegt insofern nicht der rechtlichen Normirung. Was Gaius (III 194) gegen diejenigen, die beim furtum manifestum ein lege aut natura manifestum unter-

---

[1]) Das blosse Wollen und Sagen genügt begreiflicherweise nicht, um einem Rechtsakt einen bestimmten materiellen Charakter aufzuprägen. Wenn in einer Zeitungsreklame zu lesen ist »die und die Gegenstände erhält derjenige geschenkt, der mir 20 Mark zahlt«, oder wenn derjenige, der vergleichsweise eine Sache hingiebt um ein bestrittenes Recht an einer anderen Sache zur Anerkennung zu bringen, bei der Hingabe sagt, er schenke die Sache, dafür dürfe aber sein Recht an der anderen nicht ferner in Frage gestellt werden, oder wenn der zur remissio mercedis verpflichtete Verpächter erklärt, er erlasse schenkungshalber wegen des Unfalls dem Pächter einen Theil des Pachtgelds (l. 15 § 4 loc. 19, 2), so ist selbstverständlich eine wirkliche Schenkung nicht vorhanden. Ein den wesentlichen Merkmalen der Schenkung widersprechender Akt kann nicht durch die Erklärung der Parteien zur Schenkung gemacht werden. Wie eine Zahlung nicht möglich ist, wo keine Schuld besteht, und der Umstand, dass die Parteien im Gefühl einer gewissen Verpflichtung eine Leistung als Zahlung bezeichnen, nicht bewirken kann, dass die nullo iure cogente erfolgte Leistung als solvendi causa erfolgt behandelt wird, so ist Schenkung nicht denkbar, wenn die als Schenkung bezeichnete Zuwendung gegen Aequivalent erfolgt. Der Zweck, der nach der Erklärung der Parteien mit der Zuwendung erreicht werden soll, muss nach den Grundsätzen des Rechts erreichbar sein. Alciat ad l. 38 C. de transact. 2, 4 Nr. 8, 10: ex simplici denominatione non praesumemus id actum.

scheiden wollen, ausführt, dass es nur ein natura manifestum furtum gebe, da das Gesetz nicht machen könne, dass ein fur non manifestus ein manifestus, ebensowenig wie dass ein Nichtdieb ein Dieb sei, sondern nur, dass ein solcher mit der gleichen Strafe belegt werde, wie wenn er es sei, genau dasselbe gilt auch vom Begriff der Schenkung. Das Gesetz kann nicht machen, dass etwas Schenkung sei, was es seiner Natur nach nicht ist, z. B. die Bezahlung einer Schuld, sondern höchstens bestimmen, dass es so behandelt werden solle, wie wenn es Schenkung wäre: es ist z. B. die Bestimmung denkbar, dass die Bezahlung einer Schuld in fraudem der übrigen Gläubiger als Schenkung behandelt werden solle in dem Sinne, dass die Rückforderung der Leistung wie bei einer Schenkung ohne Rücksicht auf scientia fraudis statthaft ist, aber damit wird die Bezahlung einer Schuld nicht allgemein zu einer den Schenkungsregeln unterliegenden Schenkung. Und ebenso auf der anderen Seite: das Gesetz kann wohl anordnen, dass die Bestimmung, die es über Schenkung aufstellt, nicht gelten solle für eine Zuwendung, die als unentgeltliche unter den natürlichen Begriff der Schenkung fällt, aber es kann nicht machen, dass das, was natura Schenkung ist, nicht Schenkung ist, und dass das, was von ihm als Nichtschenkung behandelt und vielleicht auch bezeichnet wird, den Charakter als Schenkung nach allen Richtungen hin einbüsst.

**6.** Ob ausser dieser Grundlage des Schenkungsbegriffs, der Unentgeltlichkeit, noch weiter das Erforderniss eines besonderen animus donandi aufgestellt werden darf, wird später genauer erörtert werden[1]). Es ist aber schon in diesem Zusammenhang auf die Frage kurz einzugehen.

Normalerweise beruht das unentgeltliche Zuwenden nicht auf Egoismus, sondern erscheint als Ausfluss uneigennützigen Wohlwollens. Daher liegt es nahe, dieses weitere Moment mit in den Begriff aufzunehmen und unentgeltliche Zuwendung nur unter der Voraussetzung als Schenkung zu bezeichnen, dass sie in wohlwollender Gesinnung des Zuwendenden gegen den Empfänger ihren

---

[1]) Vgl. unten IV 3.

Grund hat. Diese Auffassung ist in der That vielfach vertreten und macht sich in unserer Lehre nach manchen Richtungen bemerklich. So wird neben dem objektiven Erforderniss der unentgeltlichen Zuwendung als subjektives der animus donandi in dem Sinn verlangt, dass jene veranlasst sein müsse nicht durch äussere Rücksichten, sondern durch reines Wohlwollen, durch die Absicht sich gütig zu erweisen, eine Gunst gegen den Empfänger zu üben, in selbstloser Aufopferung sich zu nehmen, nur um es dem Anderen zu gönnen. Von diesem Gesichtspunkt aus kommt man dazu, die mortis causa donatio nicht für eine wahre Schenkung zu erklären, da der so Schenkende nicht sich selbst, sondern nur seinen Erben etwas entzieht und doch lieber selbst behalten als dem Empfänger gewähren will; von da aus entstehen die Zweifel, ob der donatio remuneratoria der Charakter als Schenkung zuzusprechen sei, da hier der Geber unter dem Druck einer moralischen Verpflichtung handele und in der Absicht, sich von diesem Druck zu befreien.

Vom ethischen Standpunkt aus mag man das als zutreffend anerkennen. Und so sind es denn vor Allen die Philosophen, die dieses Erforderniss betonen. In den philosophischen Schriften des Alterthums, bei Aristoteles, Cicero, Seneca, finden sich zahlreiche Erörterungen, die das Moment der Liberalität hervorheben, d. h. der eines Freien würdigen Gesinnung, infolge deren man aus rein innerem, durch keinerlei äusserliche Rücksichten und Zwecke bestimmtem Antrieb freigebig ist und in der Förderung der Interessen des Anderen seine Befriedigung findet, dabei zugleich auch das richtige Mass hält und vor Allem durch die Gewährung nichts dem Empfänger nachtheiliges bewirkt. Liberalitates — nascuntur ex eo, quod natura propensi sumus ad diligendos homines (Cicero de leg. I 15 § 43. Gell. N. A. XVII 5); nec bonitas nec liberalitas esse potest, si haec non per se expetantur, sed ad voluptatem utilitatemve referantur; errat, qui existimat, facilem rem esse donare — potest itaque pecuniam intra limen suum diffundere et liberalitatem exercere, quae quia a libero animo proficiscitur, ita nominata est (Seneca De vita beata c. 24); liberalitate nihil est naturae hominis accommodatius, sed habet multas cautiones, videndum est igitur, ut ea liberalitate utamur, quae prosit amicis, noceat nemini (Cic. de off. I 14); benefici liberalesque sumus,

non ut exigamus gratiam, beneficum et liberalem Cicero appellat (ut philosophi appellandum esse censent) non eum, qui beneficia feneratur, sed qui benigne facit nulla tacita ratione ad utilitates suas redundante; qui vere beneficus liberalisque est, qua mente bene aut liberaliter facit, non quaeritur, aliis enim longe nominibus appellandus est, si, cum et talia facit, sui potius quam alterius iuvandi causa facit (Gell. N. A. XVII 5); qui liberalis benignusve dicitur, officium, non fructum sequitur, per se igitur expetitur (Cic. de leg. I 18). In Anschluss an diese und andere Erörterungen der alten Philosophen, speziell an Aristoteles (Eth. IV c. 1) nimmt auch de Retes in seinem eingehenden Traktat De donationibus[1]) den Ausgang von dem philosophischen Begriff der Schenkung. Die beneficentia, auf der neben der iustitia der Bestand der menschlichen Gesellschaft beruht, enthält als Haupttheil in sich die liberalitas. Die erstere bezieht sich auf alle Wohlthaten, auf officia, die aus Wohlwollen und gratia hervorgehen, ohne Aufwand von Vermögen, die dem Empfänger nützlich sind, ohne dem Geber nachtheilig zu sein, deren Verweigerung nicht Geiz, sondern malevolus animus ist. Hingegen liberalitas ist die Tugend, welche die Liebe zum Geld mässigt und uns geneigt macht, es unentgeltlich wegzugeben, wenn die Vernunft es fordert, und welche in der Mitte zwischen zwei Lastern steht, indem ihr Mangel Geiz, ihr Uebermass Verschwendung ist; das charakteristische Merkmal dieser Tugend ist der wohlthätige Wille, der nicht Verdienste des Empfängers verlangt, sondern die eigene munificentia zum Objekt hat, nicht wie die beneficentia sein Motiv von Aussen nimmt, sondern lediglich daraus hervorgeht, dass der Geber das Geld nicht begehrt und liebt. Da nun das Verhältniss zwischen donatio und liberalitas nach Aristoteles darin besteht, dass die donatio ein einzelner Akt, die liberalitas wie jede Tugend eine Eigenschaft ist, ein habitus, der aus der Vielheit der Akte entsteht, so muss jede donatio an der Beschaffenheit der liberalitas partizipiren, also sich auf das Vermögen beziehen, durch Vernunft geregelt sein, ob solam munificentiam exercendam erfolgen.

---

[1]) In Meermann Thesaur. VI p. 557 squ. cap. 1. De virtute liberalitatis.

Es ist müssig, auf diese philosophischen Erörterungen des Näheren einzugehen: der Sprachgebrauch ist auch bei den Philosophen durchaus kein fester, indem sie von donatio und liberalitas auch in Fällen sprechen, wo die geforderten Merkmale nicht vorliegen, und für die rechtliche Behandlung haben diese Untersuchungen keinen Werth. Es mag sein, dass im philosophischen Sinn jenes ethische Moment der Liberalität, mag man es so oder anders fassen, zum Begriff der Schenkung gehört, der Sprachgebrauch des Lebens kennt diese Voraussetzung nicht. Während wir das ökonomische Moment der Unentgeltlichkeit für unentbehrlich erklären mussten, ist das durchaus nicht der Fall hinsichtlich des Moments der ohne äusseren Anstoss von Innen heraus kommenden wohlwollenden Gesinnung Wer mir unentgeltlich giebt in der egoistischen, wenn auch nicht unedlen Absicht, meine Liebe dadurch zu gewinnen, der schenkt mir; nicht minder der, der das Gleiche thut in der verwerflichen Absicht, meinen Einfluss seinen unlauteren Zwecken dienstbar zu machen; wer einem zudringlichen Bettler ein Geldstück ärgerlich hinwirft, der schenkt, obgleich seine Gabe nur den Zweck hat, von der Belästigung frei zu werden; wer eine Zuwendung macht „pro remedio animae suae in der Erwägung, dass die heilige Schrift uns mahnt, das zu thun, wodurch wir das ewige Leben verdienen“ (Spangenberg, Tab. negot. sol. p. 218), ist trotz des Willens solchen Verdienens Schenker; ebenso wie der, der in der Ueberzeugung von der Wahrheit des Satzes Martials Epigr. V. 42:

Extra fortunam est, quidquid donatur amicis,
Quas dederis solas semper habebis opes

sein Vermögen an seine Freunde weggiebt; wer mir einen in der Dressur verdorbenen Jagdhund, ein mit allerhand Tücken behaftetes Pferd unentgeltlich giebt in der nichts weniger als wohlwollenden Absicht und vielleicht mit der ausdrücklichen Erklärung, dass ich mich über das Thier ebenso ärgern solle wie er sich bisher geärgert habe, von dem sage ich doch, er habe mir geschenkt; der insolvente Schuldner, der seine Sachen beliebigen, ihm gleichgültigen Personen hingiebt, lediglich um sie seinen verhassten Gläubigern zu entziehen, ist für das Recht nicht weniger Schenker als der aus reinem Wohlwollen gegen den Empfänger die Sache sich selbst Entziehende; in zahlreichen Fällen wird

unter dem Druck gesellschaftlicher Verhältnisse höchst widerwillig geschenkt und auch eine durch vis compulsiva erzwungene Schenkung ist Schenkung. Mag honesta oder inhonesta affectio oder das Gegentheil der affectio die Triebfeder sein, mag wirklich liberale in der Förderung der Interessen Anderer ihre Befriedigung findende Gesinnung der Zuwendung zu Grund liegen oder nicht, sie ist für den Sprachgebrauch des Lebens immer eine Schenkung. Und sie ist es auch für das Recht, schon darum, weil das innere Moment sich äusserlich nicht fassen lässt. Sagt doch Cicero selbst, der nur denjenigen als liberalis bezeichnet, qui benigne facit nulla tacita ratione ad utilitates suas redundante, und denjenigen, der sui potius quam alterius iuvandi causa talia facit, mit ganz anderen Namen belegt wissen will, an anderer Stelle (de Orat. 2, 25): de ambitu raro illud datur, ut possis liberalitatem et benignitatem ab ambitu et largitione seiungere. Und de Retes macht gegenüber seinen philosophischen Ausführungen wiederholt die Bemerkung, dass das Recht nicht immer den Grundsätzen der Philosophen und der philosophischen Moral folgen und die Voraussetzungen nicht so genau wie diese fordern könne, und dass daher manches, was im philosophischen Sinn keine eigentliche Schenkung sei, weil es nicht an der ganzen virtus liberalitatis partizipire, wie die Schenkung aus inhonesta affectio und die donatio remuneratoria, doch für das Recht als Schenkung erscheine: beide Gebiete kämen doch überein in der substantia gratuiti animi, gratuitum und liberale seien im Rechtssinn synonym, und in der gratuita datio, nullo iure cogente, bestehe nach den Grundsätzen des Rechtes das Wesen der Schenkung.

**7.** Wenn nun nicht blos für die Auffassung des Lebens, sondern auch für das Recht das eine Zuwendung zur Schenkung machende Merkmal das ökonomische Moment der Unentgeltlichkeit ist, so gibt es zunächst neben dem ökonomischen nicht noch einen besonderen juristischen Begriff der Schenkung: die Rechtssätze über Schenkung haben jenen zu ihrer Grundlage. Liegt eine Schenkung in diesem Sinn vor, so kann nur die Erwägung der besonderen ratio des einzelnen Rechtssatzes dazu führen, dass sie von diesem Rechtssatz nicht betroffen wird, ohne dass sie da-

mit für das Recht überhaupt den Charakter als Schenkung einbüsst. Der Einwand, dass ein zu allgemein gefasster alle Fälle unentgeltlichen Zuwendens in sich schliessender Begriff der Schenkung den Anforderungen juristischer Technik widersprechen würde, hat kein Gewicht gegenüber der Gefahr einer falschen Technik, die mit einem allgemeinen engeren juristischen Begriff der Schenkung operirend den im Sinn eines bestimmten Rechtssatzes mit Recht eingeschränkten Begriff unterschiedslos allen Rechtssätzen über Schenkung zu Grund legt: entweder geschieht das ohne Rücksicht darauf, ob auch für die anderen Rechtssätze die Einschränkung sinn- und zweckentsprechend ist, und dann kommt man zu falschen, den Rechtssatz vergewaltigenden Resultaten, oder es wird der angenommene technische Begriff als dem Sinn des einen oder anderen weiteren Rechtssatzes nicht entsprechend anerkannt und daher zu dem ökonomischen Begriff zurückgekehrt oder dieser der ratio der Vorschrift gemäss anderweit gemodelt, und dann ist eben der technische Begriff als ein allgemein gültiger aufgegeben und nichts gebessert. Es darf nicht in den Begriff ein Merkmal aufgenommen werden, das nicht einen überall wiederkehrenden Bestandtheil desselben bildet.

Müssen wir demnach daran festhalten, dass der ökonomische Begriff der Schenkung wohl für einen einzelnen Rechtssatz, nicht aber allgemein für das Recht eine Umgestaltung und Beschränkung erfahren hat, so ist doch andererseits zweifellos, dass die Rechtsordnung nicht mit alledem, was hiernach Schenkung ist, zu thun hat.

Die Normen des Privatrechts beziehen sich, abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Familienverhältnissen, im Wesentlichen auf Vermögensverhältnisse und Vermögensgeschäfte, auf Akte, die den Umlauf der Güter vermitteln und eine spezifische Aenderung des Vermögensstands herbeiführen. Daher gehören die Fälle, in denen es sich um derartiges nicht handelt, nicht in die Sphäre des Rechts. Und nicht anders liegt praktisch die Sache, wenn der Werth des Zugewandten ein ganz minimaler ist. Wenn ich Jemand einen Feldblumenstrauss gebe, wenn ich einem Freunde Früchte aus meinem Garten schicke, wenn ich einem Bettler eine Kupfermünze in den Hut werfe, so ist gewiss alles dies geschenkt, aber es ist das keine Schenkung,

die für das Recht eine Rolle spielt. Es sind das nicht Akte, die von Seiten ihrer causa rechtlich relevant werden und einen Punkt für das Eingreifen der Schenkungssätze darbieten. Die Nichtanwendbarkeit der Lex Cincia, der Insinuationsvorschrift, des Verbots unter Ehegatten, der Kollationspflicht, der querela inofficiosae donationis, der actio Pauliana versteht sich von selbst, und auch an revocatio propter ingratitudinem, das Verbot für Beamte und Ketzer u. s. w. wird Niemand denken. Wo eine unentgeltliche Zuwendung ohne allen nennenswerthen Einfluss auf die Vermögensverhältnisse ist, da hat die Rechtsordnung kein Interesse, sich mit ihr zu befassen. Der Einfluss einer Handlung auf das Vermögen besteht aber, wenn wir vom Konserviren absehen, in Minderung oder Mehrung desselben, wobei man nur nicht an die beschränkte Bedeutung des pauperior und locupletior fieri beim Verbot der Schenkung unter Ehegatten denken darf. Nicht allgemein nothwendig ist nun für das Eingreifen eines Schenkungssatzes der Eintritt einer Vermögensvermehrung auf Seiten des Empfängers: der Vormund darf einer von seinem Mündel angebeteten Tänzerin ebensowenig ein Bouquet für 100 Mark wie einen Brillantschmuck schenken, der Haussohn ebensowenig verzehrbare Luxusgegenstände wie Objekte von bleibendem Werth schenkweise veräussern[1]). Wohl aber ist das Mindeste, was die Rechtsordnung für einen ihrer auf Schenkung bezüglichen Sätze fordert, dass das Vermögen des Zuwendenden durch die Zuwendung berührt wird, was aber nicht nothwendig ein erogare de bonis zu sein braucht[2]), und was nicht nothwendig dadurch beseitigt wird, dass dem Vermögen des Zuwendenden von aussen her infolge der Zuwendung ein Zuwachs zu Theil wird, der diese Wirkung der Zuwendung wieder ausgleicht[3]). Fehlt dies, so ist für das Recht die Schenk-

---

[1]) Auch der Umstand, dass der Empfänger infolge der an sich sein Vermögen vermehrenden Zuwendung auf Grund zufälliger Umstände einen diese Wirkung der Zuwendung aufhebenden Ausfall erleidet, hebt das Vorliegen einer Schenkung nicht auf. Vgl. unten IV. 4.

[2]) Auch das Verstatten unentgeltlichen Wohnens ist kein erogare de bonis und doch gratis habitare donatio est.

[3]) Vgl. unten IV. 4.

ung nicht vorhanden. Und wie bei Eigenthumsübertragung dieser Art, so ist es natürlich auch bei unentgeltlicher Gewährung des Gebrauchs von Sachen oder Kräften. So lange sich dies in den Grenzen einer das Vermögen gar nicht oder in nicht nennenswerther Weise berührenden Gefälligkeit hält, wie das Leihen eines Buches zum Lesen, das Besorgen eines Briefes, das Aufbewahren einer Sache u. dgl., ist es nicht Thatbestand für irgend eine Schenkungsfolge[1]). Gewiss kann man an sich sagen: es ist begrifflich kein Unterschied, ob ich den einige Tage an meinem Wohnort Verweilenden in meinem Gastzimmer aufnehme, während er sonst im Gasthof Unterkommen suchen müsste, ob ich während einer Reise meine Villa Jemand zu einer Sommerfrische, die er sich sonst nicht gönnen könnte, zur Verfügung stelle, oder ob ich dem eine Miethwohnung Suchenden in meinem Hause eine sonst von mir vermiethete Wohnung unentgeltlich auf Jahre einräume. Aber wie man im Sprachgebrauch des Lebens wohl das letztere als Schenkung bezeichnet, in den andern Fällen hingegen sich nur schwer dazu entschliessen wird, so ist für die Rechtsordnung nur dieses, nicht auch jenes eine Schenkung. Fälle jener Art sind trotz des Moments der Unentgeltlichkeit der Verfügung nicht gemeint, wenn die Rechtsordnung von Schenkung spricht und sie besonderen Grundsätzen unterwirft.

Wie nun derartige Fälle, obgleich sie Schenkung sind, sich ausserhalb der Sphäre des Rechts bewegen, so gilt dies auch von zahlreichen anderen Fällen, in denen dem geschenkten Objekt ein Vermögenswerth und der Schenkung ein Einfluss auf das Vermögen nicht abgesprochen werden kann. Unzähliges wird geschenkt, indem es faktisch ohne Zuhülfenahme des Rechtes und seiner Mittel unentgeltlich gegeben wird. Im älteren römischen Recht, wo die formlose Tradition Eigenthum nicht überträgt, kommen Schenkungen vor, ohne dass man sich der für die Rechtswirksamkeit derselben erforderlichen Form der mancipatio oder in iure cessio bedient: wer wird bei Geburtstags- und Hochzeits-

[1]) Man kann mit Seneca de benef. IV 29, der als Voraussetzung des beneficium die rei magnitudo anführt, hier sagen: quaedam sunt infra huius nominis mensuram.

geschenken, bei den strenae, bei den Geschenken an den Matronalien und Saturnalien diese Formen zur Anwendung gebracht haben?[1]) Es handelt sich hier, wie in zahllosen anderen Fällen, um den rein sozialen Lebensverkehr, der von den Formen und dem Schutz des Rechts absieht und um den das Recht sich nicht kümmert. Wie wären sonst die oft erwähnten Schenkungen von Sklaven an den Herrn, vom Hauskind an den Vater möglich, und wie könnte bei Schenkungen vom Gewalthaber an den Gewaltunterworfenen ein Gegensatz gemacht werden zwischen Schenkungen, die in das Peculium kommen sollen, und anderen Schenkungen? Es ist ein thatsächliches, nicht ein rechtliches Schenken, und mit l. 41 de pecul. 15, 1 kann man sagen: cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus.

Endlich aber erscheinen auch diejenigen unentgeltlichen Zuwendungen, bei denen die Formen und Mittel des Rechtes in Anwendung gebracht werden und durch die das Vermögen in erheblicher Weise berührt wird, doch nicht sammt und sonders für das Recht als Schenkung in dem Sinn, dass sie alle den spezifischen Schenkungsgrundsätzen unterlägen. Eine Reihe derselben bildet eigenartige Geschäftstypen mit eigenem Namen und besonderen Grundsätzen. Das auch ihnen charakteristische Moment der Unentgeltlichkeit des gewährten Vortheils lässt sie zwar dem ökonomischen Begriff der Schenkung mit unterfallen, aber dieser allgemeine Begriff kommt nicht schlechthin zur Geltung: die Schenkung ist übergegangen in ein eigenartiges Geschäft, dem gegenüber der Begriff der Schenkung als eines rechtlich besonders normirten Geschäftes zurücktritt und unter Umständen ganz verschwindet[2]). So nimmt Depositum und Mandat einerseits, Precari-

[1]) Vgl. z. B. Martial. Epigr. XIV, V 84, VIII 64 (über Clytius, der sieben bis acht Mal im Jahr seinen Geburtstag feiert), IX 54, Tibull. Eleg. III 1, 1, Sueton. Octav. 75, Vespas. 14.

[2]) Vgl. Entsch. d. R. G. in Civils. VIII 308 f.: die freigebige Absicht kann auch anderen Rechtsgeschäften z. B. Mandat, Depositum, zu Grund liegen und auch in anderen Rechtsgeschäften Ausdruck finden, welche für sich eine besondere Ursache für das Versprechen oder einen besonderen

um, Commodat, unverzinsliches Darlehen, Legat andererseits zwar an dem allgemeinen Charakter der Schenkung Theil, so dass man, wenn das gemeinsame Moment der Unentgeltlichkeit ins Auge gefasst wird, in allen diesen Fällen wohl sagen kann, es sei das donatio quaedam, und dieses Moment ist nicht ohne Einfluss gewesen auf die rechtliche Ausgestaltung dieser Verhältnisse; aber sie sind eben, aus dem allgemeinen Begriff der Schenkung als besondere Rechtsfiguren ausgeschieden, auf eigene Füsse getreten und gehen ihre eigenen rechtlichen Wege; und wenn, nachdem dieser Ausscheidungsprozess sich vollzogen hat, der Gesetzgeber einen Rechtssatz für Schenkungen aufstellt, so meint er dabei jene Fälle regelmässig nicht mit, sondern nur diejenigen Schenkungen, die, wie man mit l. 6 pr. l. 7 § 1 de supell. leg. 33, 10 sagen kann, nomen sui generis separatim non habent und in aliam speciem non cadunt. Was die l. 31 pr. de mort. c. don. 39, 6 in Bezug auf den Begriff der mortis causa capio ausspricht: mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur, das passt genau auch auf die Schenkung. Ist auch das Legat eine donatio quaedam testamento relicta und braucht nicht blos der Laie, sondern wohl auch der rechtlich Gebildete für solche Zuwendung in Rücksicht auf ihre Unentgeltlichkeit den Ausdruck Schenkung, so ist es doch eben nicht Schenkung schlechthin, sondern nur donatio quaedam, und Niemand denkt daran, es nach den Grundsätzen der Schenkung zu behandeln. Zwischen Legat einerseits aber und Commodat und ähnlichen Fällen andererseits besteht ein Unterschied. Während die Scheidung von Legat und Schenkung eine absolut strenge ist

Titel für die Erwerbung darstellen. Eine eigentliche Schenkung liegt dann nicht vor, wenn für den Erwerb aus Freigebigkeit noch ein anderer für sich bestehender Titel in Betracht kommt, in welchem die freigebige Absicht enthalten ist: hier bildet den Grund des Anspruchs unmittelbar dieser andere Titel und nur mittelbar die Schenkung. — Vgl. Schilling Instit. III S. 756.

in dem Sinne, dass jenes für keinen einzigen Schenkungssatz Raum lässt, kann die konkrete Gestalt des Commodats der Art sein, dass neben den Commodatsgrundsätzen auch Schenkungssätze zur Anwendung kommen. Wie Schenkung in Verbindung mit einem onerosen Geschäft auftreten kann, z. B. im Fall des minoris vendere donationis causa oder der traditio servi ad manumittendum post quinquennium, so kann auch das seiner Natur nach unentgeltliche einen besonderen Typus bildende Geschäft eine Verbindung mit der Schenkung eingehen und das Gesammtgeschäft als ein negotium mixtum cum donatione sich charakterisiren: es ist möglich, dass das konkrete Geschäft neben den Elementen des Commodats noch solche enthält, die zum Begriff der Schenkung und zur Anwendung der Schenkungssätze ausreichen, dass es zwar Commodat ist und dessen Grundsätzen unterliegt, dass aber nicht blos aliquid donationis intervenit in dem Sinn, wie es bei jedem Commodat wegen der begrifflich nothwendigen Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung der Fall ist, sondern dass wirklich aliqua donatio inest in dem Sinn, dass die für Anwendung der Schenkungsgrundsätze erforderliche Vermögenszuwendung vorliegt, indem das Resultat für das Vermögen dasselbe ist, wie wenn es sich um eine reine Schenkung ohne Verbindung mit einem anderen Geschäftstypus handelt. Ist jenes der Fall beim Commodat eines Buches, so ist dieses der Fall beim Commodat einer Miethwohnung. Ob ich Jemand, der eine Wohnung zum Miethpreise von 1000 Mark jährlich sucht, eine Wohnung, die ich für 1000 Mark jährlich zu vermiethen pflege, auf fünf Jahre unentgeltlich einräume, oder ob ich ihm fünf Jahre lang 1000 Mark für die von ihm gemiethete Wohnung gebe, ist im Resultat für das beiderseitige Vermögen gleich, da dort wie hier 5000 Mark dem einen Vermögen entgehen und dem anderen zugehen; nur der Unterschied besteht zwischen beiden Fällen, dass es sich in dem letzteren um reine Schenkung handelt, wobei andere als Schenkungssätze nicht platzgreifen, während im ersteren das Schenkungsgeschäft nicht selbständig für sich auftritt, sondern in einem anderen Geschäft darin steckt und darum neben den Schenkungssätzen auch die Grundsätze des Commodats zur Anwendung kommen, bezüglich mit den gewöhnlichen Commodatsgrundsätzen die

besonderen Schenkungsgrundsätze sich kombiniren. Ebenso wenn ich Jemand ein Darlehen von 100 000 Mark auf 20 Jahre unverzinslich gebe: es steht das im Erfolg für das beiderseitige Vermögen einer Schenkung des Kapitalwerthes von 4 000 Mark jährlich ganz gleich. Wenn Planck, Bürg. GB. II S. 283 f. (zu § 517 Ziff. 1 a) sagt: die Frage, ob der Erlass künftiger versprochener Zinsen eine Schenkung enthalten könne, sei nach dem BGB. zu bejahen, denn der Erlass schliesse, als die Befreiung von einer bestehenden Verbindlichkeit begründend, eine Zuwendung in sich, wie sie der § 516 fordert, so ist das gewiss zutreffend, aber es muss doch gefragt werden: welcher Unterschied besteht zwischen dem Fall, wenn ich heute Jemand ein Darlehen von 10 000 auf 10 Jahre gebe zu 4% und ihm morgen die Verpflichtung zur Zinszahlung erlasse, und dem Fall, wenn ich ihm heute ein Darlehen von 10000 auf 10 Jahre unverzinslich gebe? Ist der Erfolg der beiden Rechtsakte für das beiderseitige Vermögen nicht ganz der gleiche? Weshalb soll jenes Schenkung sein, dieses nicht? Soll das gerechtfertigt werden durch die rein formalistische Erwägung, dass dort ein schon erworbenes Recht aufgegeben, hier auf den Erwerb eines Rechtes verzichtet wird? Nach l. 2 D. 3, 6 wird der Fall: si gratuita pecunia utenda data est dem pecuniam accepisse gleichbehandelt; und wie die Zuwendung eines solchen Vortheils als Vermächtniss (l. 108 § 15 de leg. I), so ist sie auch als Schenkung möglich[1]).

8. Schränkt sich sonach der allgemeine Begriff der Schenkung für das Recht insofern ein, als jedenfalls die gar nicht in die Sphäre des Rechts fallenden, dann aber auch die zwar rechtlich normirten, aber eigenartige Geschäftstypen bildenden unentgeltlichen Zuwendungen für die Lehre von den Schenkungen nicht in Betracht kommen, d. h. dem singulären Schenkungsrecht nicht unterliegen, so entsteht nun die Frage: was hat das Recht über-

[1]) Ueber einen Fall, wo die unentgeltliche Zuwendung des Gebrauchswerthes der des Kapitalwerthes ganz gleichsteht, vgl. Shakespeare, Coriolan I 4: Nein, ich verkauf' und geb' es (das Pferd) nicht, doch Euch borg' ich's auf fünfzig Jahr.

haupt mit der Schenkung zu thun? Wie macht sich eine Zuwendung, die keine ausserhalb ihrer selbst liegende rechtliche Wirkung im Gefolge hat, die nicht für den Zuwendenden eine vorhandene Rechtspflicht zum Erlöschen, nicht für den Empfänger eine Rechtspflicht zur Entstehung bringt, für das Recht bemerklich? Der Schenker giebt, der Beschenkte nimmt, damit ist die Sache erledigt. Ist iustitia die voluntas suum cuique tribuendi und steht neben dem neminem laedere als zweites fundamentales Rechtsprinzip nur das suum cuique tribuere, so scheint die Schenkung, bei der der Schenker sein Eigenes dem Beschenkten zuwendet, kein Objekt rechtlicher Behandlung; das Recht giebt Jedem das Seine, die Liebe Jedem das Meine: was geht es das Recht an, wenn die Liebe das Meine giebt und das Ihre nicht sucht?

Die Triebfeder des wirthschaftlichen Verkehrs ist der Egoismus, die Befriedigung des eigenen materiellen Bedürfnisses; nicht einseitige Zuwendung ist das Ziel, sondern gegenseitiger Austausch. Insofern liegt die Schenkung als auf einseitige Zuwendung von Vermögenswerthen gerichtet ausserhalb der normalen Güterbewegung, sie ist vom wirthschaftlichen Gesichtspunkt, vom Standpunkt der praktischen Interessen ein unwirthschaftliches Geschäft und darum dem Gebiet des die Ordnung dieser Güterbewegung aufstellenden Rechtes fremd. Ist es auch durchaus zutreffend, dass sine dandi et accipiendi beneficii commercio vix hominum vita constat[1]), indem das menschliche Leben eben nicht blos ein rechtliches Leben ist und Unzähliges, dessen der Mensch bedarf, Gefälligkeit, Freundlichkeit, Liebe und uneigennütziges Wohlwollen der Mitmenschen, voraussetzt, so ist doch der rechtliche Verkehr darauf nicht basirt: zwar nicht im Leben, aber in der Oekonomie des Rechtes könnte die Schenkung ganz fehlen.

Und lange Zeit fehlt sie in der That. Auch dann, wenn die Parteien die Schenkung aus der Sphäre des einfachen Lebensgeschäftes zum Rechtsgeschäft erheben durch freiwillige Heranziehung der Formen, welche die Rechtsordnung zur Herbeiführung

---

[1]) Valer. Max. Hist. V c. 10 § 2.

rechtswirksamer Vermögenszuwendung zu Gebote stellt, wenn sie statt der blos thatsächlichen Hingabe der Sache den Rechtsakt der Eigenthumsübertragung in der Form der in iure cessio oder mancipatio vornehmen, ist die Schenkung als solche dem Rechtsgebiet noch fremd. Gewiss hat sie alsdann Bedeutung für das Recht, aber die Seite, die sie für das Recht bemerklich macht, ist nichts anderes als was ebenso auch bei den Nichtschenkungsgeschäften vorliegt: was ihr rechtlichen Charakter giebt, ist die Wirkung des Eigenthumsübergangs, und diese Wirkung unterscheidet die Schenkung nicht von dem Fall der entgeltlichen Eigenthumsübertragung. Von hier aus lässt sich der Begriff der Schenkung vollkommen bestreiten mit dem Begriff der Eigenthumsübertragung. Für das Recht kommt nur das äussere Moment, das Mittel der Zuwendung, das vermögensrechtliche Geschäft in seiner Erscheinung als Akt der Eigenthumsübertragung, der Forderungsbegründung u. s. w. in Betracht, ohne alle Rücksicht auf den Umstand, dass dieser Akt zum Zweck der Schenkung vorgenommen ist. Das, was die Zuwendung gerade zur Schenkung stempelt, ist nicht rechtliches Moment, nicht rechtsgeschäftliche causa, die einen unvollständigen Theilwillen zu einem Gesammtwillen ergänzt und Element eines Gesammtaktes ist, sondern nur faktisches Motiv und als solches dem Rechtsgebiet nicht angehörig. Nur diese äussere Seite ins Auge zu fassen ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegenden materiellen Verhältnisse ist das Prinzip des älteren römischen Rechtes. Darum kennt es keine eigene Form für die donatio: man muss entweder Rechtsakte benutzen, die selbst farblos sind wie die in iure cessio und stipulatio, oder Formen verwenden, die ihrer Anlage nach ganz anderen Funktionen zu dienen bestimmt sind, wie die entgeltlich konstruirte mancipatio. Die isolirte Folge dieser Formalakte, der Uebergang des Eigenthums, das Entstehen eines Forderungsrechtes kann wohl eine Schenkung bilden, aber diese Folge tritt ein, ganz unabhängig davon, ob der dieselbe herbeiführende Akt zum Zwecke der Schenkung vorgenommen war. Nur die rein negative Seite hat das faktische Motiv der Schenkungsabsicht, dass es sich um nichts weiteres handelt, als eben um diese Zuwendung, dass eine weitere rechtliche Folge nicht eintritt: es geht ihr nichts rechtliches voraus und es folgt ihr nichts

rechtliches nach, die Zuwendung steht isolirt für sich, ohne Verpflichtung des Zuwendenden und ohne Verpflichtung des Empfängers.

Erst dadurch wird die Schenkung ein besondres eigenartiges Rechtsgeschäft, dass sie von der Rechtsordnung zum Gegenstand der Normirung gemacht wird von der Seite her, die sie von anderen Zuwendungen unterscheidet, also darum, weil sie eine unentgeltliche ist. Um der besonderen Rechtssätze willen, die für die schenkweise Zuwendung aufgestellt sind, erhält die Schenkung rechtliches Interesse und wird aus einem blos sozialen, dem einfachen Lebensverkehr angehörigen zu einem rechtlichen Begriff. Mag die Lex Cincia oder das Verbot unter Ehegatten die erste, die unentgeltliche Zuwendung von der Seite der Unentgeltlichkeit fassende Bestimmung sein, mit dem ersten dieser Sätze tritt die Schenkung als solche auf den Boden des Rechts und wird aus einem blos faktischen Motiv zum rechtlich relevanten Moment, zur selbständig wirkenden juristischen causa.

Der Gedanke, dass die Absicht schenkweiser Eigenthumsübertragung realisirt werden muss in der dem Wesen der Schenkung widersprechenden Form der mancipatio, dass also das unentgeltliche Zuwendungsgeschäft, wenn es rechtswirksam sein will, sich unter die Flügel des entgeltlichen nehmen lassen muss, ist bekanntlich kein dem römischen Recht eigenthümlicher. Er beruht auf der noch heutzutag bei Naturvölkern sich findenden Anschauung, dass nur das Vorliegen eines Vermögensinteresses für beide Theile im Stande ist, ein rechtlich wirksames Verhältniss zu begründen. Der Akt reiner Liberalität erscheint dazu nicht als ausreichend. Erst mit erfolgter Gegengabe wird der Wille als Rechtswille manifestirt, erst durch Einkleidung des unentgeltlichen Geschäfts in das Gewand des entgeltlichen ist den Parteien zum Bewusstsein gebracht, dass es sich um eine nicht ferner von der Willkür des Gebers abhängige, sondern unter den Schutz des Rechts gestellte Leistung handelt; erst jetzt ist der Geber bei seinem Veräusserungswillen rechtlich behaftet und hat der Empfänger die rechtliche Garantie des Behaltens. Wie bei den Feuerländern, so im moslemitischen Recht, wie bei der mancipatio num-

mo uno donationis causa des römischen, so bei dem Launegildgeschäft des langobardischen und der Giwa des nordgermanischen Rechts.

Sind es nun erst die besonderen für die Schenkung aufgestellten Rechtssätze, welche sie zu einem eigenartigen Rechtsinstitut machen, und haben diese besonderen Sätze ihren Grund in dem die Zuwendung zur Schenkung stempelnden Moment der Unentgeltlichkeit, so ist es vor Allem dieses Element des Gesammtaktes, welches auch auf dem Gebiete des Rechts den Namen der Schenkung zu beanspruchen scheint, denn nicht die Zuwendung, sondern die Unentgeltlichkeit giebt dem Akt die Eigenart. Freilich ist die Unentgeltlichkeit nicht ein für sich bestehendes Ding, welches neben der Zuwendung eigene reale Existenz hätte. Das konkrete Rechtsgeschäft der Schenkung besteht nur in und an der Vermögenszuwendung, es giebt keine konkrete Schenkung, die nicht zugleich Eigenthumsübertragung, Cession, Stipulation u. s. w. wäre, wie es keine Eigenschaft giebt ohne einen Körper, an dem sie haftet. Blosse Schenkungserklärung und Schenkungsvereinbarung ist, so lange nicht aus ihr eine die Vermögenszuwendung enthaltende klagbare Forderung entsteht, kein Rechtsgeschäft, sondern lediglich vorbereitende und unverbindliche Offenbarung des auf Unentgeltlichkeit einer künftigen Zuwendung gerichteten Willens: ein rechtlich in Betracht kommender Schenkungswille existirt nur in der vollzogenen Zuwendung[1]). Wohl aber lässt sich für die theoretische Betrachtung dieses Moment ablösen und als Schenkung bezeichnen, um so mehr als die rechtlichen Mittel der Zuwendung sehr verschiedenartige sein können, während das überall vorhandene, in allem Wechsel der Erscheinung stabile Element die Unentgeltlichkeit ist. Daher begreift es sich, dass man bisweilen von dem Körper, an dem diese Eigenschaft hervortritt, abstrahirend und die Eigenschaft für sich ins Auge fassend von Schenkung spricht, wie wenn das etwas selbständig für sich bestehendes wäre, indem man damit die das Moment der Unent-

[1]) Fragm. Vat. 266a: professio donationis apud acta facta, cum neque mancipationem, neque traditionem subsecutam esse-dicas, destinationem potius liberalitatis quam effectum rei actae continet.

geltlichkeit der Zuwendung enthaltende Erklärung bezüglich Abrede meint. So sagt man, als wären das zwei getrennte Akte: ich habe geschenkt und gegeben, donavi et mancipavi, do donoque, donationis mancipationisque causa, cessioni atque donationi; so wird von donare gesprochen und die Tradition als nachfolgend erwähnt, ohne dass dabei an mancipatio oder stipulatio donationis causa gedacht werden müsste[1]); und wieder in der Verbindung traditio oder stipulatio donationis causa, wie in der Wendung: die Schenkung erfolgt durch Tradition und Stipulation, tritt die Scheidung von traditio und stipulatio einerseits und donatio andererseits hervor. Und wenn es z. B. in l. ult. de cur. fur. 27, 10 in Bezug auf die vom Curator vorgenommene Veräusserung heisst, sie sei gültig, wenn sie ad administrationem negotiorum pertinet, hingegen si donationis causa alienet, neque traditio quicquam valebit, und ganz ähnlich in l. 3 § 10 de don. i. v. et u. 24, 1 in Bezug auf die Schenkung unter Ehegatten: si corpus est quod donatur, nec traditio quicquam valet, so ist mit der Bemerkung, dass auch die Eigenthumsübertragung nicht gültig sei — d. h. nicht bloss die Schenkung, so dass die Eigenthumsübertragung als solche doch Bestand hätte und nur wegen Ungültigkeit der causa rückgängig gemacht werden könnte —, eben darauf hingewiesen, dass Schenkung und Zuwendungsakt verschiedene Wege gehen können, also getrennt werden, wie ja zweifellos die in dem einheitlichen Schenkungsakt liegenden zwei Seiten verschiedene rechtliche Schicksale haben, die Eigenthumsübertragung gültig, die Schenkung ungültig sein kann. Und wenn die donationis causa vorgenommene satio oder inaedificatio kein Rechtsgeschäft der Eigenthumsübertragung ist, weil der auf diese Wirkung gerichtete Wille nicht zum nothwendigen Thatbestand der Rechtsfolge gehört, vielmehr auch ohne solchen Willen das Eigenthum übergeht, so liegt doch in der satio und inaedificatio das Rechtsgeschäft der Schenkung, wenn der Akt animo donandi geschehen und dieser animus von dem Bereicherten acceptirt ist: der Eigenthumsübergang erfordert nicht

---

[1]) Vgl. z. B. Bruns, Font. Negot. II 2, b, l. 37 D. 8, 3; Spangenberg, Tab. negot. sol. pg. 178, 196. — L. 53 pr. de V. S.: cum dicimus »quod dedi aut donavi«, utraque continemus, l. 88 pr. de leg. II.

den darauf gerichteten Willen und dessen Annahme, die Schenkung erfordert die Uebereinstimmung hinsichtlich der causa donandi, Zuwendungsakt und Schenkung sind geschieden.

**9.** Wie bei jedem vermögensrechtlichen Geschäft wirft sich bei der Schenkung eine doppelte Frage auf. Einmal nach der unmittelbaren Geschäftswirkung, die als der zunächst in die Augen springende formale Zweck des betreffenden Rechtsakts, der Tradition, Stipulation, Cession, erscheint und in einer Aenderung der spezifischen Vermögensverhältnisse d. h. des Vermögens in seiner konkreten Erscheinung als einer bestimmten Summe von einzelnen Rechten besteht, in Uebertragung des Eigenthums, Konstituirung eines ius in re, Begründung oder Uebertragung einer Forderung, Erlöschen eines dinglichen oder obligatorischen Rechts. Sodann nach dem durch das Geschäft weiter verfolgten materiellen oder wirthschaftlichen Zweck, der sich, wenn realisirt, als die über jene unmittelbare nächste Wirkung des Akts hinausgehende mittelbare Wirkung auf das Vermögen in seinem ökonomischen Werthbestand, als Werthsumme, charakterisirt, und für deren Herbeiführung die Herbeiführung jener nur das Mittel ist. Dieser materielle Zweck, mit dem Einfluss der Zuwendung auf den Gesammtbestand des Vermögens, ist die causa im technischen Sinn. Man darf dabei nicht an alle möglichen Zwecke und Absichten denken, die zum Abschlusse eines Rechtsgeschäfts bewegen, sondern nur an den Zweck, der Aufschluss giebt über die Frage, ob und inwiefern die nächste Wirkung des Rechtsakts ihre Ausgleichung findet in einer Gegenwirkung, durch welche der spezifischen Vermögensänderung die Wirkung einer ökonomischen Beeinflussung des Gesammtwerthes des Vermögens genommen wird, indem jener eine zweite spezifische Aenderung gegenübersteht, z. B. das Vermögen des das Eigenthum einer Sache Uebertragenden von einer ihm obliegenden Verbindlichkeit befreit wird oder an Stelle des Rechtes an der hingegebenen Sache die Forderung auf Rückgabe derselben tritt (causa solvendi und credendi), oder aber ob die spezifische Vermögensänderung zugleich eine solche im ökonomischen Sinn nach sich zieht, und der Verlust bezüglich Erwerb des einzelnen Ver-

mögensrechts zugleich eine Minderung bezüglich Mehrung des Gesammtvermögens enthält, indem es hier bei der einen spezifischen Vermögensänderung sein Bewenden hat, z. B. die Hingabe der Sache zu Eigenthum von einer weiteren rechtlichen Folge nicht begleitet ist (causa donandi).

Die Frage nach der causa ist nicht auf psychologischem Gebiet zu lösen [1]). Die Vornahme eines Rechtsgeschäfts kann psychologisch ein sehr komplizirter Akt sein, und es kann bei dem Entschlusse zu seiner Vornahme eine Reihe von Gründen mitgewirkt haben und mithin die Verfolgung einer Reihe von Zwecken ins Auge gefasst sein. Viele dieser Zwecke, sofern sie nicht etwa durch Parteiberedung zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gemacht werden, sind ohne allen Einfluss auf dessen juristische Gestaltung; rechtlich relevante causa ist nur derjenige Zweck, der den wirthschaftlichen Charakter des Geschäfts bestimmt und demselben ein besonderes rechtliches Gepräge giebt. Ich übertrage das Eigenthum an einem Grundstück zu dem Zweck, um das Aequivalent in Geld dafür zu haben, ich will das Geld haben, um es als Darlehen geben zu können und dadurch einem Freund die Errichtung eines Handelsgeschäfts zu ermöglichen; oder ich gebe Geld, um ein Grundstück dafür zu erwerben, ich will das Grundstück erwerben, um es selbst zu behalten, um mir nicht die Aussicht von einem andern Grundstück aus verbauen zu lassen, um mir eine von Grundbesitz abhängige Stellung zu verschaffen, um es als Dos zu geben, um es zu verschenken, um es weiter zu verkaufen. Von allen diesen Zwecken ist nur der von rechtlicher Bedeutung, dass ich das Eigenthum weggebe, um ein Aequivalent dagegen zu erhalten, oder so, dass ich ein Aequivalent dafür erhalten will; nur dieser, nicht die dahinter liegende weitere Reihe von Zwecken, ist die causa der Eigenthumsübertragung. Darum darf man aber nicht mit Windscheid (Pand. § 365 A. 4) von erster Absicht sprechen, denn das ist die causa keineswegs immer. Der erste und nächste Zweck, den ich beim Verkauf einer

[1]) Dass von einer Aufzählung der reichhaltigen Litteratur über diese Frage Abstand genommen ist, wird nicht als Mangel empfunden werden.

Sache verfolge, braucht durchaus nicht der zu sein, dass ich das Geld haben will, ich kann vielmehr in erster Linie bestimmt sein durch die Absicht die Sache los zu werden, aber ich will es nicht ohne Geld dafür zu erlangen; ich kann ein Darlehen geben, nicht, um eine Forderung auf Rückgabe zu erwerben, sondern um einem Freund aus der Noth zu helfen, nur will ich es nicht, ohne ihn zur Restitution zu verpflichten. Blos dieser Zweck gehört zum begriffsmässigen Inhalt; alle die anderen möglichen Zwecke liegen ausserhalb des Geschäfts und beeinflussen seinen rechtlichen Charakter nicht: das Geschäft, wodurch ich eine Sache gegen Geld erwerbe, bleibt dasselbe, mag ich es schliessen, um das Erworbene für mich zu behalten oder weiterzuverkaufen, als Dos zu geben, zu verschenken. Natürlich ist damit nicht gesagt, dass nicht neben oder hinter dem einen begrifflichen Zweck, der die causa dieses Geschäfts bildet, noch ein anderer rechtlich relevanter Zweck als causa stehen könnte, aber dann handelt es sich eben auch um ein zweites Rechtsgeschäft. Ich übertrage Eigenthum an den Mann dotis causa: für dieses Geschäft der Dosbestellung ist es im Allgemeinen gleichgültig, wodurch ich dazu bewogen bin; thue ich es aber um der gesetzlichen Dotationspflicht zu genügen, so steht neben dem Rechtsgeschäft der Dosbestellung das der Zahlung. Ich gebe ein Darlehen in Befolgung einer mir als Erben vom Testator gemachten Auflage: die Leistung erfolgt zugleich credendi und solvendi causa. Ich übernehme die Verpflichtung eines Schuldners durch Rechtsgeschäft mit seinem Gläubiger, um diesen zu sichern: für das Rechtsgeschäft der Intercession sind meine weiteren Absichten irrelevant, aber meine weitere Absicht kann nach einer andern Richtung hin causa sein, denn wenn ich die Schuld übernehme, um zugleich dem Schuldner damit eine unentgeltliche Vermögenszuwendung zu machen, so steht neben dem Rechtsgeschäft der Intercession das der Schenkung.

Wenn man die causa schlechthin als den durch den vermögensrechtlichen Akt zu erreichenden Zweck bezeichnet, so erweckt das leicht die falsche Vorstellung, als wäre der Rechtsakt etwas für sich bestehendes und sein Inhalt lediglich auf Erzeugung der spezifisch juristischen Wirkung der Eigenthumsübertragung,

Forderungsbegründung u. s. w. gerichtet, so dass die causa ausserhalb des Geschäftes läge und auf die Bedeutung eines blossen Motives für die Vornahme desselben herabgedrückt wäre. Das kann nun allerdings unter Umständen durch die Rechtsordnung bestimmt sein, insofern als dem äusseren Mittel der Vermögenszuwendung zunächst rechtliche Selbständigkeit verliehen wird durch Abstraktion von der Frage nach ihrem Einfluss auf den ökonomischen Bestand des Vermögens. Bei solcher Loslösung der spezifisch juristischen Wirkung aus ihrer natürlichen Verbindung mit der causa ist der Rechtsbestand des Geschäftes nicht abhängig von der Verwirklichung der auch hier nothwendig vorhandenen causa, aber es liegt in ihm nur ein Theilwille vor, der erst durch die causale Seite seine Vervollständigung erhält. Der Grund des Wollens des die spezifische Vermögensänderung herbeiführenden Aktes ist das Wollen des Zweckes: jenes wie dieses Wollen ist nur ein Stück und Element des Gesammtgeschäftes, wie es im Leben allein vorkommt, und nur durch Zusammenfassen der beiden Seiten wird der Charakter des Geschäftes vollständig bestimmt. Bei den konkreten Geschäften des Lebens ist die eine ohne die andere nicht denkbar, beide bilden eine untrennbare Einheit. Es giebt keine Eigenthumsübertragung, Cession, Stipulation, die nicht zugleich dem Zwecke der Tilgung einer Schuld, der Dotirung, der Vornahme einer Liberalität diente, und von Seite des Zwecks angesehen Zahlung, Dosbestellung, Schenkung wäre, wie es andererseits keine Zahlung, Dotirung, Schenkung giebt, die nicht eines jener formellen Mittel der Vermögenszuwendung bedürfte, und von Seite des zur Erreichung dieses Zwecks angewandten Mittels angesehen Eigenthumsübertragung, Cession, Stipulation wäre. Gerade in dem Umstand, dass der auf die spezifisch juristische Wirkung gerichtete Wille ein erst in der causa seine Ergänzung findender Theilwille ist, liegt der Unterschied von causa und Motiv. Beide sind Grund und Zweck, aber Motiv ist der mit dem Gesammtgeschäft, in seiner Verbindung von formaler und causaler Seite, verfolgte Zweck, der ausserhalb des Geschäftes liegt, causa ist der mit der formalen Seite des Geschäftes verfolgte, die andere Seite des Gesammtgeschäftes bildende Zweck. Die causa bezeichnet den Grund des Wollens der juristischen Seite des Gesammtaktes, das Motiv den Grund des Wollens des Gesammtaktes. Das Motiv beeinflusst den

Charakter des Gesammtaktes nicht, die causa giebt ihm erst sein besonderes Gepräge.

Die Zerlegung des im Leben nur einheitlich vorkommenden Gesammtthatbestands in Zuwendung und causa, Mittel und Zweck, formale und causale, juristische und wirthschaftliche Seite ist überall da geboten, wo gewisse Rechtsfolgen des Gesammtakts nur von dem Vorliegen einzelner Bestandtheile desselben abhängig sind: die abstrahirende Rechtswissenschaft hat dann das Interesse, aus den ihrem Gesammtthatbestand nach verschiedenen Erscheinungen des Lebens, die nur nach der einen Seite hin übereinstimmen, diesen gemeinsamen Bestandtheil herauszuheben, um diejenigen Regeln an ihn anzuknüpfen, die für alle verschiedenen Gesammtthatbestände gelten, soweit sie eben den gleichen Bestandtheil aufweisen. Die Frage, ob die Schenkung ein konkretes Geschäft oder ein allgemeiner Charakter sei, ist eine schiefe: die Schenkung ist beides. Die einzelne im Leben vorkommende Schenkung ist immer ein konkretes Geschäft, das beide Seiten enthält: sie ist Eigenthumsübertragung oder sonstige Vermögenszuwendung, durch die nicht blos das ihren Gegenstand bildende Vermögensstück in das Vermögen des Empfängers übertragen, sondern infolge Fehlens eines dafür gewährten Aequivalents zugleich dessen Vermögen auf Kosten des Gebers vermehrt wird — nicht anders wie das Darlehen ein konkretes Geschäft mit beiden Seiten ist, wobei die Eigenthumsübertragung mit der das ökonomische Gleichgewicht herstellenden Wirkung der Entstehung einer Verpflichtung zur Rückgabe verbunden ist. Wie es im Naturleben nur konkrete Pferde, Hunde u. s. w. giebt, und das einzelne Thier nur in der Gesammtheit aller seiner Eigenschaften existirt, so kennt das Rechtsleben nur konkrete Kauf-, Darlehens-, Schenkungsgeschäfte. Aber wie die wissenschaftliche Betrachtung der Natur in der Fülle der verschiedenartigen Einzelerscheinungen die gemeinsamen Merkmale auffindet und daraus den Begriff Pferd u. s. w. bildet, so betont die Rechtswissenschaft einerseits gegenüber den verschiedenen Formen einer spezifischen Aenderung des Vermögensstandes den einheitlichen Charakter, den sie durch die Gemeinsamkeit des wirthschaftlichen Zweckes erhalten, wie andererseits gegenüber den verschiedenen wirthschaftlichen Zwecken den

einheitlichen Charakter, der durch die Identität des zu ihrer Erreichung angewandten juristischen Mechanismus gegeben ist. Bei diesen neutralen oder Gattungsgeschäften — wo nicht wie bei den Spezial- oder Causalgeschäften, wie Kauf, Miethe, Darlehen, das Geschäft schon seiner juristischen Konstruction nach eine bestimmte causa aufweist und die causa, mit einem bestimmten formalen Charakter in nothwendiger Verbindung stehend, begriffsmässig zum Inhalt des Geschäftes gehört, so dass das Geschäft dieses bestimmte Geschäft eben nur dann ist, wenn es gerade diese causa aufweist — ist eine begriffsnothwendige Verbindung von causa und juristischem Mittel nicht vorhanden. Es sind einerseits Geschäfte, die in ihrer juristischen Wirkung der Erzeugung oder Aufhebung von Rechten von einer speziellen causa unabhängig sind und darum, obgleich sie im konkreten Fall nur einer bestimmten causa dienen, doch verschiedenen causae zu dienen im Stande sind und, mit verschiedenen causae sich kombinirend, mannigfache Gesammtthatbestände bilden können. Auf der anderen Seite giebt es materielle Zwecke, deren Realisirung in verschiedenen Formen der Vermögenszuwendung möglich ist und deren mannigfache Verbindung mit verschiedenen formalen Akten wieder verschiedene Gesammtgeschäfte ergiebt. So einerseits Hingabe zu Eigenthum zum Zweck der Schenkung, Hingabe zu Eigenthum zum Zweck der Dotirung, Hingabe zu Eigenthum zum Zweck des Vergleiches, Hingabe zu Eigenthum zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit, Hingabe zu Eigenthum zum Zweck des Darlehens, oder Uebertragung einer Forderung zum Zweck der Schenkung, Dotirung, Erfüllung einer Verbindlichkeit u. s. w.; andererseits Hingabe von Eigenthum zum Zweck der Schenkung, Uebertragung einer Forderung zum Zweck der Schenkung, Begründung einer Forderung zum Zweck der Schenkung, oder Hingabe von Eigenthum zum Zweck der Dotirung, Uebertragung einer Forderung zum Zweck der Dotirung, Begründung einer Forderung zum Zweck der Dotirung u. s. w. In der ersten Reihe ist das aus der Verschiedenheit der Einzelerscheinungen sich hervorhebende gemeinsame Moment, dass es sich um Eigenthumsübertragung, um Forderungsübertragung, um Forderungsbegründung handelt; in der zweiten Reihe ist es das Moment, dass der

Empfänger die Zuwendung unentgeltlich erhält, dass er sie als Dos, dass er sie für das Abstehen von einem Anspruch hat. Aus der ersten Reihe entnehmen wir die formalen Typen Eigenthumsübertragung, Cession, Stipulation, deren Grundsätze, unbeeinflusst von dem durch sie zu erreichenden Zweck, überall gleichmässig zur Anwendung kommen und sich darstellen lassen ohne Rücksicht darauf, ob jene Akte solvendi causa, dotis constituendae causa, donandi causa, transactionis causa erfolgen, wenn sie auch im Leben nie ohne solchen Zweck vorkommen; aus der zweiten ergeben sich die materiellen Typen Schenkung, Dosbestellung, Vergleich, deren Grundsätze unabhängig sind von dem zur Erreichung dieser Zwecke angewandten Mittel, die eben nur durch die Identität des Zweckes zu einheitlichen Gruppen zusammengeschlossen sind und die eine gesonderte wissenschaftliche Behandlung gestatten, ja fordern, ohne Rücksicht auf das formale Mittel, durch welches sie im einzelnen Fall realisirt werden, wenn auch ohne solches die Realisirung des Zweckes nicht möglich ist. Jeder dieser Gesammtthatbestände, der nicht in Bezug auf beide Seiten, die formale wie die causale, mit der anderen übereinstimmt, ist von dem anderen verschieden und unterliegt anderer rechtlicher Behandlung: für die Eigenthumsübertragung zum Zweck der Schenkung gelten andere Grundsätze als für die Eigenthumsübertragung zum Zweck der Dotirung, für die Schenkung durch Eigenthumsübertragnng andere Grundsätze als für die Schenkung durch Cession. Wenn nun aber für verschiedenartige Thatbestände, z. B. Cession zum Zweck der Schenkung oder der Dosbestellung, Schenkung oder Dosbestellung durch Tradition, trotz ihrer Verschiedenheit gleichmässig gewisse Rechtssätze zur Anwendung kommen, die ihren Grund in dem in jenen Gesammtthatbeständen vorhandenen gleichartigen Bestandtheil haben — z. B. darin, dass es sich bei Schenkung durch Eigenthumsübertragung wie bei Dotirung durch Eigenthumsübertragung gleichmässig um Eigenthumsübertragung handelt, oder darin, dass der Fall der Schenkung durch Eigenthumsübertragung und der Fall der Schenkung durch Cession den gemeinsamen Bestandtheil der Schenkung aufweisen —, und die eben darum nicht gelten, wo solche Uebereinstimmung fehlt, so schliessen sich die in den verschiedenen

Thatbeständen gleichmässig vorhandenen Elemente (Tradition, Cession — Schenkung, Dotirung) zu besonderen rechtlich relevanten Begriffen und Gruppen zusammen. Die Identität des Zweckes und der darauf beruhenden Rechtssätze begründet solchen Zusammenschluss ebenso wie die Identität des juristischen Mittels und die durch sie gegebene Gleichheit der Rechtsfolgen. Der Rechtssatz, dass eine geschenkte Sache wegen Undankes zurückgefordert werden kann, hat seinen Grund nicht darin, dass es sich in dem konkreten Schenkungsgeschäft um Eigenthumsübertragung handelt, sondern darin, dass die Eigenthumsübertragung eine schenkweise ist; er gilt daher ebenso, wenn das konkrete Geschäft ein anderes Mittel der Zuwendung, aber doch das Moment der Unentgeltlichkeit aufweist, z. B. bei schenkweiser Cession, bei schenkweiser Liberirung von einer Schuld; der Rechtssatz, dass bei einer donationis causa vorgenommenen Cession der Erwerber ein sicheres Recht erst mit der Denunciation bekommt, hat keinen Zusammenhang damit, dass die Cession eine schenkweise ist, sondern dass es sich um Zuwendung eines Forderungsrechtes durch das Mittel der Cession handelt, er gilt daher ebenso, wenn das konkrete Geschäft einen anderen Zweck durch das gleiche Mittel der Cession verfolgt, z. B. bei Cession zum Zweck der Dosbestellung, des Vergleiches, der Zahlung.

Wie man, blos das juristische Mittel ins Auge fassend, unter Abstraktion von dem Zweck, von Tradition, Cession u. s. w. spricht und damit die ganze Reihe von causal verschiedenen Geschäften umfasst, die in der gleichen juristischen Form der Vermögenszuwendung vorkommen, so spricht man in Hinblick auf den Zweck, unter Abstraktion von dem ihn realisirenden Mittel, von Schenkung, Dosbestellung, Zahlung u. s. w., und meint damit die ganze Reihe von formal verschiedenen Geschäften, die in Verbindung mit diesem Zweck auftreten. So wenig jene zum Ausdruck bringen, welches der ihnen nothwendig zu Grund liegende und das Geschäft erst zu einem vollständigen machende Zweck ist, so wenig lassen diese erkennen, welches das für die Erreichung des Zweckes unentbehrliche Mittel ist. Beide geben nicht das volle Bild des Geschäfts, wie es im Leben vorkommt, sondern nur einen Ausschnitt, ein Stück desselben. Aber weil sich an dieses in verschiedenen

4

Gesammtthatbeständen gleichmässig sich findende Stück besondere Rechtsfolgen knüpfen, die ohne Rücksicht darauf, mit welchem anderen dasselbe zum Vollgeschäft ergänzenden Stücke es eine Verbindung eingeht, für das Gesammtgeschäft gelten, so erscheint der abstrahirenden Betrachtung dieses Stück des Gesammtthatbestands als ein selbständiges und unter einer besonderen Kategorie darzustellendes Geschäft.

Ist sonach auch das einzelne im Leben vorkommende Schenkungsgeschäft wie jedes andere stets ein konkretes Geschäft, welches nur in der Verbindung der formalen und causalen Seite existirt, so liegt doch eben allen ihrem Gesammtthatbestand nach verschiedenen Schenkungsgeschäften, der schenkweisen Eigenthumsübertragung, Cession, Stipulation, Liberation, das gemeinsame Moment der causa donandi zu Grund, und diese gemeinsame Grundlage hat bei allen verschiedenen Schenkungsgeschäften gleichmässig den Eintritt derjenigen Rechtssätze zur Folge, die nicht auf der spezifisch juristischen Gestalt der Vermögenszuwendung, sondern auf der materiellen causa donandi beruhen. Insofern ist die Schenkung ein allgemeiner Charakter, aber nicht anders als dies bei Dosbestellung, Zahlung, Vergleich, Intercession u. a. auch der Fall ist.

**10.** Der Name Schenkung wie donatio bezeichnet nun sowohl das Gesammtgeschäft der unentgeltlichen Vermögenszuwendung wie dessen causalen Bestandtheil. Spricht man von Schenkung schlechthin, so lässt man dahin gestellt, in welcher der verschiedenen möglichen Formen die Zuwendung stattfindet, und betont nur das Moment ihrer Unentgeltlichkeit; will man die beiden in dem Gesammtgeschäft enthaltenen Seiten, die formale und causale, gesondert hervorheben, so spricht man, von jener ausgehend, von Vermögenszuwendung zum Zweck der Schenkung, bezüglich konkret von Tradition, Stipulation, Cession donationis causa, oder, den Zweck in den Vordergrund stellend, von Schenkung unter Angabe des denselben realisirenden konkreten Mittels, von Schenkung durch Tradition, Stipulation, Cession, während von Schenkung allgemein durch Vermögenszuwendung nicht ge-

sprochen wird, weil Schenkung anders als durch Vermögenszuwendung nicht möglich ist[1]).

Uns erscheint die die verschiedenartigen formellen juristischen Akte in sich begreifende Bezeichnung Vermögenszuwendung zum Zwecke der Schenkung als ebenso natürlich, wie dass der Name Schenkung die verschiedensten Arten und Formen der Zuwendung umfasst. Es ist das aber keineswegs der ursprüngliche Standpunkt des Rechtes, welches seinerseits auch hier wieder dem Sprachgebrauch des Lebens folgt. Während das causale Moment der Unentgeltlichkeit in allem Wechsel der Zeit seinem Wesen nach dasselbe geblieben ist, hat von Seiten des Mittels der Begriff der Schenkung eine geschichtliche Entwicklung erfahren.

Von Haus aus ist Schenkung unentgeltliche Eigenthumsübertragung. Noch heutzutag denken wir bei Schenkung in erster Linie an diesen Fall, der überall und allezeit der wichtigste und häufigste Fall aller Schenkungsgeschäfte ist. Und wie überall, so ist auch bei den Römern der Begriff der Schenkung ursprünglich auf diesen Fall beschränkt: Schenkung ist Sachschenkung, die Schenkungscausa schliesst sich mit der juristischen Form der Eigenthumsübertragung nothwendig zusammen, donare ist dono dare. Der Gedanke, dass der Schenkungszweck nicht blos durch Eigenthumsübertragung, sondern durch die verschiedenen Mittel der Vermögenszuwendung erreicht werden kann, ist der älteren Zeit fremd: erst später werden die für den Fall der unmittelbaren Hingabe der Sache zu definitivem Haben ausgebildeten Rechtssätze übertragen auf andere Vermögenszuwendungen, auf unentgeltliche Uebertragung des Gebrauchswerths von Kapital und Arbeit wie auf Versprechen der Zuwendung von Eigenthum und anderen Vermögensvortheilen. Wir haben hier eine ähnliche Entwicklung vor uns wie beim Legat. Legat ist ursprünglich Form der Zuwendung und causa zugleich, indem die letztwillige Zuwendung von Vermögenswerthen zunächst nur als lucrativa

[1]) Die Wendung: Zuwendung, Tradition u. s. w. durch Schenkung ist inkorrekt, denn Schenkung ist nicht das Mittel der Zuwendung. Vgl. unten S. 70. Anm.

causa erscheint; später löst sich diese nothwendige Verbindung und die Form des Legats wird wie z. B. beim legatum debiti auch zu anderen Zwecken verwandt, so dass für den Begriff des Legats die Form in den Vordergrund tritt. So ist auch Schenkung von Haus aus zugleich causa und Form der Zuwendung, indem der Schenkungszweck nur verwirklicht werden kann durch sofortige definitive Hingabe zu Eigenthum; später kann der gleiche materielle Zweck auch durch andere Formen der Vermögenszuwendung erreicht werden, so dass für den Begriff der Schenkung das causale Moment das Uebergewicht erhält.

Dass in der älteren Zeit die Schenkung nur in der Form der Eigenthumsübertragung auftritt, ist nicht auffallend. Alles Recht steht in seinem ersten Entwicklungsstadium im Banne der Sinnlichkeit. Als Güter erscheinen nur körperliche Sachen, Vermögen ist identisch mit Eigenthum, Minderung des Vermögens ist Weggabe einer Sache, Mehrung des Vermögens Erwerben des Eigenthums an einer Sache; in der Güterbewegung steht das Realisirungsgeschäft, welches sofort das definitive Rechtsverhältniss verwirklicht, im Vordergrund, der Verkehr ist auf die Gegenwart gestellt, es giebt nur Baarverträge. Wie Kauf ursprünglich Sachkauf ist und Sachkauf sofortiges Hingeben der körperlichen Sache gegen Geben des Aequivalents in Geld, so ist Schenkung Geben der körperlichen Sache zu definitivem Haben ohne Aequivalent: dem venum dare[1]) correspondirt das donum oder dono dare, dem vendere das donare; bei beiden handelt es sich um sofortiges Leisten, dort von beiden Seiten, hier von der einen allein[2]). So wenig der Kauf ursprünglich auf andere als körperliche Objekte

---

[1]) Mommsen, Röm. Staatsrecht II 432: die klare Etymologie fordert als Grundbedeutung zwingend die Eigenthumsübertragung. Derselbe in Zeitschr. der Savignystiftung VI 263.

[2]) In der auf die spöttische Frage des C. Cento: quid fers, Cinciole? schlagfertig ertheilten Antwort des Cincius: ut emas, Cai, si uti velis (Cic. de orat. II 71, 286), tritt dieser Gegensatz und damit der Begiff der von der Lex Cincia getroffenen Schenkung scharf hervor: dem Kaufen als Erwerb der Sache gegen Entgelt ist das Geschenkterhalten als Erwerb der Sache ohne Entgelt gegenübergestellt.

sich bezieht und als blosses Versprechen, gegen Aequivalent zu geben, vorkommt, so wenig ist Schenkung unentgeltliche Gewährung anderer Vortheile und blosse Zusage für die Zukunft. Und wenn es, was den letzteren Punkt betrifft, ein Fortschritt ist, dass der Verkehr sich von den Fesseln der Gegenwart und von den Voraussetzungen momentanen Habens und Könnens befreit, dass neben die Verträge mit sofortiger Ausführung die Wirksamkeit des auf die Zukunft gestellten Versprechens tritt, so ist das, was ein Postulat des fortgeschrittenen Verkehrs ist, auf dem Gebiet der Schenkung nicht blos kein Bedürfniss, sondern scheint sogar dem Wesen der Schenkung zu widersprechen. Der animus donandi ist naturgemäss ein auf die Gegenwart gerichteter Wille, der sich in sofort vollzogener Zuwendung manifestirt. Die blosse nicht von Hingabe der Sache begleitete Schenkungserklärung ist keine Schenkung, sondern destinationem potius liberalitatis quam effectum rei actae continet (s. oben S. 40 Anm.); wer schenkt, der sagt, ich gebe, nicht, ich werde geben[1]), Schenkung ist Veräusserung, nicht Verpflichtung. Dass der Schenker sich dem Beschenkten verpflichte und dem Zwang des Rechtes ausgesetzt sein solle, der ihn unter Umständen in sklavische Abhängigkeit von dem Empfänger der Wohlthat bringt, ist ein Gedanke, der jedem Recht in seiner Jugendzeit fremd ist[2]): in den germanischen Rechten[3]) wie im römischen Recht ist Schenkungsversprechen kein Rechtsgrund für den Anspruch auf Leistung des Zugesagten, Schenkungsvertrag und Schenkungsvollzug fallen zusammen, donner et retenir ne vaut. Und als im römischen Recht eine Schenkung auch in Form des Versprechens möglich geworden,

---

[1]) Das praesens praesenti dat gilt mehr noch als für die mortis causa donatio, in deren Begriff doch ein Verstellen auf die ungewisse Zukunft liegt, für die unter Lebenden.

[2]) Hotomann, Disput de donat omn. gener. Op. Tom. I P. II pg. 136 d hält noch für das spätere Recht eine solche Verpflichtung für dem Wesen der Schenkung zuwiderlaufend, denn dieses bestehe darin, dass die Zuwendung liberaliter fit et non ab invito et iure obligationis coacto extorqueatur; die dafür angeführten l. 42 D. 39, 6 l. 29 pr. D. 39, 5 l. 10, C. 8, 54 beweisen freilich nichts.

[3]) Vgl. dazu u. A. Schlossmann, Jahrb. für Dogm. Bd. 27, S. 51 ff.

also eine Verpflichtung des Schenkers anerkannt war, wird diese Verpflichtung doch nicht der aus anderen Rechtsgründen entstandenen vollständig gleich geachtet, sondern in Gegensatz gebracht zum verum debitum (l. 49 de re iud. 42, 1.) und in mannigfachen Beziehungen milder behandelt.

An Belegen dafür, dass in den Quellen des römischen Rechtes bei Schenkung in erster Linie an sofortige Eigenthumsübertragung gedacht ist, fehlt es nicht. Nicht nur kann in zahllosen Stellen unter donatio nichts anderes als dies verstanden werden, sondern es wird auch vielfach dare und tradere geradezu für donare genommen und zwischen dare und donare als gleichwerthigen Ausdrücken abgewechselt[1]), indem offenbar, wenn venum dare sofortiges Geben gegen Aequivalent ist, dare ohne den Zusatz von venum genügend als Geben ohne Aequivalent d. h. als Schenkung charakterisirt ist; ja es wird sogar umgekehrt donare im Sinn von dare und tradere gebraucht[2]). Und diese Identität

---

[1]) Vgl. z. B. l. 2 § 37 D. 1, 2; l. 17 § 1. D. 42. 8; l. 18 § 1, h. t.; l. 58 pr. D. 24, 1; l. 2 § 7 h. t.; l. 20 D. 12, 1; l. 5 § 9 D. 23, 3.

[2]) So zweifellos Papian Tit. 23, wo es in Bezug auf die mit retentio ususfructus vorgenommene Schenkung heisst: usufructuarias donationes sine traditione constare, quia ususfructus pro donatione computatur. So auch Petri Exc. leg. Roman. II cp. 1, wo unter der Rubrik de qualitate donationis von dem dare ob honestam causam (veluti ut detur vel fiat aliquid) und ob turpem causam (veluti si furi do aliquid, ut quod abstulit mihi reddat) gehandelt wird, und cap. 4 de donatione alienae rei, wo nicht von Schenkung die Rede ist, sondern von Hingabe einer fremden Sache zu Pfand und der deshalb dem Gläubiger zustehenden actio pigneraticia contraria, sowie IV cp. 29 de donatione propter finem, welches sich mit dem Fall beschäftigt: fundum vel aliud a me petis, ideo do tibi aliquid, ut finem mihi facias. Nicht minder aber auch in den Digesten. In l. 46 pr. de J. D. 23, 3 wird in Bezug auf die an einen Sklaven des Mannes erfolgte promissio oder datio dotis gesagt: hanc dotem periculo mulieris esse, quamdiu dominus ratam promissionem vel donationem habuerit (wenn Cujacius statt des handschriftlich beglaubigten donationem lesen will dationem, so ist das eine zwar naheliegende, aber durchaus nicht gebotene Aenderung). Nach l. 59 § 2 eod. gilt das Namens einer fälschlich für frei gehaltenen Frau als Dos Gegebene trotz der infolge späterer Freilassung gültig geschlossenen Ehe doch nur dann als Dos, wenn der Sinn der Gabe der war, dass sie ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Eheschliessung Dos sein

von dare und donare findet sich nicht blos bei den Römern. Die deutsche Sprache kennt ursprünglich für Schenken kein anderes Wort als Geben, indem bis zum 13. Jahrhundert Schenken nur im Sinn von Einschänken vorkommt, und im Griechischen bedeutet bekanntlich δίδωμι und δόσις wie im Französischen donner sowohl Geben wie Schenken. Sind auch die Alten in der Etymologie nicht Meister, so treffen doch ihre etymologischen Erklärungen das Wesen des Begriffs, und darum ist es charakteristisch, wenn nicht blos Paulus in l. 35 § 1 de mortis c. don. 39, 6 sagt: donatio dicta a dono quasi dono datum, rapta a Graeco, nam et hi dicunt δῶρον καὶ δωρεῖσθαι, sondern noch deutlicher Plinius Hist. Natur. lib. 35 cp. 14 ausführt: Graecos antiquos δῶρον appellasse palmum et ideo δῶρα vocasse munera, quia manu darentur, und Vitruv De architect. II 13: donum Graeci appellant palmum; quod munerum datio graece δῶρον appellatur, id semper geritur per manus palmum — das Instrument des Gebens, die Hand, wird metonymisch für das Geben genommen. Und Martial, Epigr. X 16 spottet über Schenkungen, die nicht in sofortiger Hingabe bestehen:

Si donare vocas promittere nec dare, Cai,
Vincam de donis muneribusque meis,

wie Plautus, Epid. I 214 den beneficus oratione und Horatius Od. IV 12 v. 9 den Cadus spes longas donare largus höhnt; Cäsar de bello gall. 7 c. 31 spricht von donis pollicitationibusque allicere principes civitatum,

---

solle, und daraus wird der Schluss gezogen: war gegeben, um der Frau zu schenken, so kann der Herr dieser Sklavin das Gegebene vom Mann condiciren, quemadmodum si eum qui sibi donaturus esset mulier ipsam donare jussiset; dass das ‚ipsam' sinnlos und eine Aenderung nothwendig ist, unterliegt keinem Zweifel, nur scheint die einfachste durch die Schriftzeichen nahe gelegte Aenderung die zu sein: ipsa viro dare oder donare — das donare hat die Bedeutung von dare. — Vgl. auch l. 37 § 1, 2 de A. R. D. 41, 1 coll. l. 16 de pec. 15, 1, wo Julian donare ganz wie dare im Sinn einfach faktischen Hingebens braucht: in potestate domini est, quemadmodum servo pecuniam donet — ita servo pecuniam donasse, ut proprietatem suam manere vellet — si quis servo pecuniam vel res aliquas ea mente dederit, ut proprietatem earum retineret, im Gegensatz zu dem eo modo donare, quomodo alienis servis donare solemus.

Sallust Catilina c. 39 von largiendo et pollicitando incendere plebem. Schenken und Versprechen sind eben verschiedene Dinge. Wie das bei den nichtjuristischen Schriftstellern hervortritt, so lassen auch die Ausführungen der römischen Juristen deutlich erkennen, dass der ursprüngliche Fall der Schenkung nur der der Eigenthumsübertragung ist. Mag auch die l. 9 § 3 D. 39, 5 (donari non potest nisi quod eius fit, cui donatur) wegen ihrer Vieldeutigkeit[1]) nicht als Beweis gelten: aber wenn Ulpian in l. 32 § 23 de don. i. vir. et u. 24, 1 res donata und obligatio remissa und in l. 3 § 10 eod. corpus donare und stipulanti promittere vel acceptum ferre einander entgegenstellt, wenn nach l. 23 eod. Papinian mit Recht einen Unterschied macht zwischen rerum donatio und Stipulation und nur erstere nach der oratio Severi durch lebenslängliche perseverantia konvalesciren lässt, wenn Pomponius in l. 9 pr. D. 39, 5 hervorzuheben für nöthig findet, dass et citra corporis donationem valere potest donatio, wie Ulpian in l. 33 pr. de don. i. v. et u., dass in annuo quoque donatio vertitur, und wenn in l. 46, pr. de novat. 46, 2 von demjenigen Schuldner, der sich von seinem Gläubiger delegiren lässt, obgleich er weiss, dass ihm eine schützende Einrede zusteht, gesagt wird: similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur[2]), so ergiebt sich doch aus alledem, aus jener Gegenüberstellung wie aus dieser Hervorhebung und Vergleichung, dass als der ursprüngliche und normale Fall der der corporis donatio, der Schenkung durch Eigenthumsübertragung gedacht ist. Und Julian geht bei der an die Spitze des T. D. de donationibus gestellten Definition der Schenkung von dem dono dare, dem sofortigen definitiven Hingeben einer körperlichen Sache zu Eigenthum aus, als gäbe es keine andere Schenkung, obgleich er, wie die vorher angeführten Stellen zeigen, gleich seinem

---

1) **Meyerfeld**, d. Lehre von den Schenkungen S. 116 f. führt nicht weniger als sieben Erklärungen an.

2) Ob, wie **Meyerfeld** I S. 14 will, auch die l. 36 D. 45, 3 mit dem Satz: nam et haec (scil. stipulatio) genere quodam donatio est hierher zu ziehen ist, hängt von dem zweifelhaften Sinn dieser Stelle ab.

Zeitgenossen Pomponius auch in anderen Fällen, citra corporis donationem, von donatio zu sprechen kein Bedenken trägt[1]).

**11.** Die Erweiterung von dem ursprünglichen engen Begriff der Schenkung als unentgeltlicher Eigenthumsübertragung auf unentgeltliche Zuwendung von Vermögensvortheil, und zwar sowohl durch datio in dem weiteren Sinn wie bei dotis datis als auch durch promissio, steht in Einklang und Zusammenhang mit der Entwicklung des Güterbegriffs[2]).

Sind ursprünglich, weil es nur durch körperliche Sachen zu befriedigende Bedürfnisse giebt, Güter blos körperliche Sachen, und ist die einfachste und darum ursprünglichste Art, Jemand sei es entgeltlich oder unentgeltlich einen Vermögenswerth zu verschaffen, die sofortige definitive Uebertragung des Eigenthums, so dehnt sich nothwendig mit der Erweiterung des Begriffes der Güter und der Güterbewegung das Gebiet der Schenkung und der Schenkungsakte aus. Während der naiven Anschauung nur der gegenwärtige Erwerb der Sache als Vermehrung des Vermögens erscheint, eine Anschauung, die noch bei Pomponius in dem Satze minus est actionem habere quam rem (l. 204 de R. J.) zum Ausdruck kommt, wird später das Zustehen einer Klage auf die Sache, also auch das Forderungsrecht, welches aus dem den Rechtserfolg in die Zukunft verlegenden Versprechen erwächst, als Vermögensbestandtheil anerkannt[3]). Und dem entsprechend ist

---

[1]) So ist auch der Begriff des Darlehens ursprünglich beschränkt auf den Fall des ex meo tuum fieri, während im späteren Recht an Stelle des Erfordernisses der direkten Eigenthumsverschaffung das andere tritt, dass fungible Werthe aus dem Vermögen des Gläubigers in das des Empfängers gekommen sind und dem Erfolg nach dem Empfänger dasselbe verschafft ist, wie wenn er durch Hingabe von Fungibilien Eigenthümer geworden wäre. So nehmen auch die Innominatkontrakte vom dare ihren Ausgang, bis dare und facere unter dem gemeinsamen Begriff der Leistung zusammengefasst werden. Vgl. Pernice, Krit. V. Sch. X 102.

[2]) Vgl. Dankwardt, Nationalökonomie und Jurispr. Hft. III, S. 46 ff.

[3]) Vgl. l. 49 de V. S.: bona ex eo dicuntur quod beant, beare est prodesse; in bonis autem nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel super-

Minderung des Vermögens nicht blos das gegenwärtige Weggeben einer Sache, sondern ebenso auch das die künftige Leistung zusagende Versprechen, dessen Folge als Passivum auf dem Vermögen lastet[1], so dass nothwendigerweise die Befreiung von diesem Passivum als Vermögenszuwachs erscheint.

Zunächst sind wohl der Uebertragung des Eigenthums diejenigen Vermögenszuwendungen gleichgestellt worden, die ebenso wie jene auf gegenwärtigen Rechtserfolg gerichtet eine sofortige Vermehrung des einen und Minderung des anderen Vermögens in sich schliessen, so dass der Begriff des dare sich erweitert zu dem allgemeinen Begriff des sofortigen realen Verschaffens von Vermögenswerth ohne vorhergehende Verpflichtung, wie er uns bei der dotis datio im Gegensatz zur dotis promissio entgegentritt und wie er in dem Satz dedisse intelligendus est etiam is, qui compensavit (l. 76 de V. S., l. 19 de lib. causa 40. 12) zum Ausdruck kommt. Dies gilt vor Allem für den Fall der Befreiung von einer Schuld. Schon nach dem neueren Pontifikaledikt über die Haftung für die sacra wird als ein zur Leistung der sacra verpflichtendes capere behandelt: si quis ei qui mortuus sit, pecuniam debuerit neminique eam solverit, proinde habeatur quasi eam pecuniam ceperit[2]. Und Javolen erklärt in Bezug auf die dotis causa vor der Ehe erfolgte Acceptilation: nihil interest,

---

ficiaria sint, aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; l. 143 eod: id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem, habetur enim quod peti potest; l. 15 de R. J.: is qui actionem habet ad rem reciperandam, ipsam rem habere videtur; l. 28 sol. matr. 24, 3: facere posse maritus etiam id videtur, quod a muliere consequi potest.

[1]) L. 39 § 1 de V. S.: bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt; l 27 de neg. gest. 3, 5: id ei abesse videtur, in quo [quod] obligatus est; l. 15 § 5 ad leg. Falc. 35, 2: quod heres reddere cogitur, in bonis non erit; l. 34 § 8 de leg. I: hactenus mihi abesse res videtur, quatenus sum praestaturus.; l. 15 § 5 D. 35, 2: der zur Herausgabe Verpflichtete ita est locupletior, ut tanto pauperior esse videatur.

[2]) Cicero de leg. II 19; Leist-Glück I 183; meine Abh. über Cicero de leg. II 19—21 in Zeitschr. der Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch., Band IX S. 286 ff.

utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit[1]). So bezeichnet Ulpian das si debitor liberatus sit als ein in corpus patrimonii pervenire (l. 20 quod metus c. 4, 2) und das Freiwerden des Mannes von der Verpflichtung zur Restitution der dos durch Acceptilation von Seiten der Frau als ein zur Auflegung eines Fideicommisses genügendes percepisse (l. 3 pr. de leg. III); ebenso Paulus das liberare dominum obligatione als species acquirendi (l. 11 pr. de accept 46. 4) und das obligatione liberatum esse als cepisse (l 115 pr. de R. J.); Celsus sagt für den Fall, dass die Frau eine ihr gegen den Mann zustehende Forderung auf die vom Mann besessene Sklavin dotis causa erlässt: videtur res ipsa ad eum pervenisse (l. 58 § 1 de J. D. 23, 3); und bei Erörterung des calumniae causa pecuniam accipere nennt Ulpian nicht blos den Fall als gleichstehend, si aliquid pro pecunia accepimus, sondern verallgemeinert dies auf jede Erlangung eines Vortheils: generaliter idem erit dicendum, si quid omnino compendii venerit propter hoc (l. 2 § 4, l. 3 pr. de calumn. 3, 6). Und so denn auch in spezieller Anwendung auf Schenkung. Wie Sachschenkung, so fällt Schenkung durch acceptilatio unter das Verbot der Schenkung unter Ehegatten (l. 3 § 10

[1]) L. 10 de cond. c. d. c. n. sec. 12, 4. — Einen Widerspruch anzunehmen zwischen dieser Stelle, welche trotz der condicio iuris, si nuptiae secutae fuerint, der Acceptilation sofortige Wirksamkeit zuschreibt und bei Nichtzustandekommen der Ehe die condictio pecuniae gewährt, und der l. 43 pr. de J. D. 23, 3, wo Ulpian mit Scävola für diesen Fall die Acceptilation für nichtig und darum die Obligation für fortbestehend erklärt, scheint der Umstand zu verbieten, dass Ulpian in l 4 de cond. c. d. c. n. sec. der Acceptilation trotz ausdrücklich gemachter Voraussetzung gleichfalls befreiende Wirkung zukommen lässt und nur condictio gewährt. Wie freilich Ulpian mit sich selbst in Einklang zu bringen ist, lässt sich schwer sagen. Dass man nicht mit der Glosse durch Unterscheidung von fälliger und nicht fälliger Obligation helfen kann, ist klar. Der einzige Ausweg scheint die Annahme zu sein, dass Ulpian den wohl anders gemeinten Satz des Scävola: nullam esse acceptilationem et ideo suo loco manere obligationem nur in dem Sinn billigt, dass die Acceptilation nicht dauernde Wirkung hat, indem auf die condictio hin die alte Obligation wieder hergestellt wird. — Andere Ansichten über diese Stellen bei **Bechmann**, Röm. Dotalrecht II S. 8 ff.; **Scheurl**, Krit. V. Schr. XI, 109.

de don. i. v. et u.), wie andererseits die auf der oratio Severi beruhende und zunächst auf die rerum donatio beschränkte (l. 23 eod.) Konvalescenz auch auf letztere erstreckt wird mit der Erklärung, dass universae donationes ex oratione valebunt, sive res fuit quae donata est sive obligatio remissa (l. 32 § 23, 26 eod.); der Erlass des Kaufgeldrestes wird dem Begriff der von der Lex Cincia verbotenen pecuniae donatio unterstellt (l. 1 § 1 quib. mod. pign. solv. 20, 6; Savigny, Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. IV 44), wie andererseits der Erlass künftig fälliger Zinsen als donatio, wenn auch als eine nicht unter das Verbot der Lex Cincia fallende bezeichnet wird (l. 23 D. 39, 5); dem Bürgen wird von einem Dritten geschenkt dadurch, dass dieser dem Gläubiger eine demselben ihm gegenüber obliegende Schuld erlässt, indem nunmehr der Bürge die actio mandati gegen den Hauptschuldner hat, nicht anders als wenn der Dritte die Schuld desselben mit Schenkungsabsicht gegenüber dem Bürgen bezahlte, da nihil intersit, utrum nummos solverit creditori an eum liberaverit (l. 26 § 3 mand. 17, 1) und da es — kann man hinzufügen — keinen Unterschied macht, ob der Schenker dem Bürgen die Geldsumme hingiebt oder ihm die Forderung auf Ersatz gegen den Hauptschuldner verschafft[1]).

Handelt es sich in diesen Fällen, wie bei Eigenthumsübertragung, um Zuwendung des Tauschwerthes, so wird, was einen weiteren Fortschritt in der Entwickelung bedeutet, in anderen Stellen auch die Zuwendung des Gebrauchswerthes als Vermögensvermehrung und speciell als Schenkung anerkannt. So sagt Paulus in l. 2 de calumn. 3, 6, dass nicht bloss derjenige, der von einer Obligation befreit werde, per calumniam videtur cepisse, sondern dass das Gleiche auch der Fall sei, si gratuita pecunia utenda data est, und Pomponius vertritt den gleichen Gedanken an zwei Stellen des T. D. de don.: in l. 18 § 1 erklärt er in Anschluss an Aristo die Übertragung des Eigenthums eines Sklaven mit der Auflage sofortiger Freilassung für Nichtschenkung, weil hier beim Mangel

---

[1]) Vgl. auch l. 24 § 4 l. 62, 63 D. 24, 3: die von Seiten der Frau dem Mann ertheilte Erlaubniss zur Freilassung von Dotalsklaven befreit den Mann von der Restitutionspflicht: donat, quod permittit manumittere.

jedweden in das Vermögen des Empfängers kommenden Vortheils für Schenkung kein Raum ist und nur eine Verpflichtung vorliegt (nec donationi locum esse et ideo esse obligationem), während in dem Fall, wo erst post quinquennium manumittirt werden soll, donatio aliqua inesse videtur, vorausgesetzt natürlich, dass das quinquennium ad hoc positum est ut aliquid donetur, indem hier der Empfänger den Gebrauchswerth während der fünf Jahre hat[1]); und in l. 9 pr. spricht er noch schärfer aus: in aedibus alienis gratis habitare donatio videtur, id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit, potest enim et citra corporis donationem valere donatio, veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam. Und wieder derselbe erklärt in l. 18 de don. i. v. et u. für den Fall, wenn ein Ehegatte mit Erlaubniss des anderen dessen Kleidungsstücke oder Sklaven gebraucht habe oder in aedibus eius habitaverit, dass donatio valet, wie er in l. 31 § 1. eod. mit anderer Wendung sagt, dass die Ueberlassung des Gebrauches der operae ancillarum viri an die Frau nicht für das Verbot der Schenkung unter Ehegatten in Betracht komme. Dass auch in diesen und anderen Fällen der unentgeltlichen Zuwendung des Gebrauchswerthes von Schenkung gesprochen wird[2]), scheint auf den ersten Blick dem

---

[1]) Vgl. auch l. 7 § 9 D. 24, 1.: manumissionis causa donatio facta valet, licet non hoc agatur, ut statim ad libertatem, sed quandoque perducatur; — si uxori quis suae ita donaverit, ut intra annum manumittat.

[2]) Vgl. z. B. l. 3 § 3 de leg. III: medii temporis commodum — donavit (vgl. auch § 1 eod.), l. 37 § 3. eod. l. 49 D. 24, 1.: aliquid ex ea re interim commodi sentiret; l. 20 C. 5, 12: fructus dotis maritus uxori capere donationis causa permisit; l. un. C. 5, 19: die Herausgabe der Dos an die Frau während der Ehe donationis instar obtinet, Nov. 22 cap. 39. L. 12 § 2 D. 7, 1, l. 10 pr. D. 7, 8. Vgl. auch l. 31 § 6 D. 24, 1.: der Mann kann das der Frau in diem Geschuldete sine metu donationis praesens solvere, obgleich er den Vortheil des Genusses der Zwischenzeit verliert und die Frau ihn gewinnt: es ist Schenkung, nur nicht eine unter Ehegatten verbotene, während nach l. 10 § 22 D. 42, 8 das durch die Früherleistung gewährte commodum medii temporis mit actio Pauliana herausverlangt werden kann. Das beim legatum debiti gewährte commodum repraesentationis verschafft dem Gläubiger einen Vortheil, hinsichtlich dessen die Lex

von Julian in l. 1 de don. aufgestellten Erforderniss des nullo casu reverti zu widersprechen; und in der That lässt Ulpian in l. 1 de precar. 43, 26 sich dadurch bestimmen, das precarium, wenn auch für ein genus liberalitatis, doch von der donatio dadurch unterschieden zu erklären, quod qui donat sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere[1]). Liegt aber auch da, wo die

Falcidia platzgreift: l. 1 § 10 D. 35, 2. Der emanzipirte Sohn braucht das, was der Vater bei seinem Tode dem Sohn herauszugeben verpflichtet war und was er ihm vor seinem Tod herausgegeben hat, nicht zu konferiren, cum post mortem patris non tam ex donatione, quam ex causa debiti ea possidere videatur, zur Zeit des Todes, der Fälligkeit der Schuld, sind die herausgegebenen Objekte nicht geschenkt, während der Vortheil der Zwischenzeit geschenkt war, eine Schenkung, die aber für die Kollationspflicht ebensowenig in Betracht kommt wie für das Verbot unter Ehegatten: l. 11 D. 37, 6. — Speziell über das vielfach erwähnte gratis habitare, gratuitas habitationes dare, und dessen Behandlung als Schenkung, vgl. u. a. l. 5 § 1 D. 9, 3; l. 53 § ult. D. 19, 1; l. 5 pr. D. 20, 2; l. 28 § 2 D. 19, 2 (wenn der wegen Fehlerhaftigkeit der Miethwohnung Ausziehende von einem Anderen eine unentgeltliche Wohnung erhält, so kann er dem Vermiether am Miethgeld abziehen, was er für eine zweite Wohnung als Miethgeld hätte zahlen müssen). Martial XI 83: Nemo habitat gratis, nisi dives et orbus, apud te, Nemo domum pluris, Sosibiane, locet. — Auch bei Schenkungen, die konferirt oder auf den Pflichttheil angerechnet werden sollen, handelt es sich in Wahrheit um Schenkung des commodum medii temporis. — Wenn in Fragm. Vatic. 269 gesagt ist: ut, quod utendum mater filiae dedit, non videatur donatum, so ist damit nur die Schenkung der Sache und der Erwerb der Sache durch den Gewalthaber der Tochter, den Mann der schenkenden Frau, negirt; auf eine nähere Erörterung dieser interessanten und schwierigen Stelle kann hier nicht eingegangen werden.

[1]) So lässt sich Julian selbst in l. 20 D. 12, 1 (aus lib. 18 Digest.) durch seine in l. 1 de don. (aus lib. 17 Digest.) aufgestellte Definition der Schenkung als eines dare ea mente, ut nullo casu velit ad se reverti, zu dem auf rein formalistischem Bedenken beruhenden Zweifel an dem Vorliegen einer Schenkung im eigentlichen Sinn in dem Fall verführen, wo Jemand mir Geld schenkt mit der Bedingung, dass ich ihm dasselbe als Darlehen gebe, quia pecunia non ea mente daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret. Als ob nicht der Empfänger den Werth des Zugewandten definitiv in sein Vermögen bekommen habe, wenn er für die wiederherausgegebenen Geldstücke ein Aequivalent in der Darlehensforderung erhält. Vgl. auch l. 33 § 1 D. 39, 5, l. 59 D. 24, 1.

unentgeltlich empfangene Sache vom Empfänger zurückgegeben werden muss, keine Schenkung im Sinn der corporis donatio vor, so ist doch auch in den Fällen der Schenkung des Gebrauchswerthes das nullo casu reverti im Sinn definitiver Zuwendung eben dieses Gebrauchswerthes vorhanden, da zwar die Sache, nicht aber der durch den Gebrauch gemachte Vortheil zurückgegeben wird.

War bisher nur der Fall ins Auge gefasst, wo die Schenkung in Gemässheit ihrer oben entwickelten Natur als ein auf die Gegenwart gerichteter Akt in sofortiger Zuwendung des Tauschwerthes oder des Gebrauchswerthes einer Sache besteht, so hat doch der in der späteren Entwicklung der Güterbewegung auftretende Gedanke, dass nicht blos sofortiges reales Leisten eines Werthes, sondern auch Uebernahme der Verpflichtung dazu Uebertragung des Werthes ist, und dass es aes alienum ist, quod nos aliis debemus[1]) und aes suum, quod alii nobis debent (l. 213 § 1 de V. S.), vor der Schenkung nicht Halt gemacht. Macht sich auch das Bedürfniss, das, was man gegenwärtig zu leisten nicht vermag, für die Zukunft zu versprechen, für die Schenkung nicht in gleicher Weise wie für den Fall der Austauschgeschäfte geltend, und wird auch der Wille zu schenken regelmässig nur demjenigen innewohnen, der gegenwärtig zu leisten in der Lage ist, so lassen sich doch Fälle denken, in denen auch der Schenkungswille unabhängig von der Voraussetzung gegenwärtigen Habens und Könnens sich realisiren möchte: nicht blos da, wo faktisch das zu leistende Objekt augenblicklich nicht zur Hand ist (quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi, l. 19 § 5 ad S. C. Vell. 16, 1), sondern auch, wo wegen der Beschaffenheit des Objekts sofortige reale Leistung nicht möglich ist, wie bei der Schenkung einer jährlichen Rente oder eines Vermögenskomplexes (l. 33 pr. de don. i. v. et u., l. 2 § 3 de his quae

---

[1]) Insofern ist, wenn auch alienatum proprie non dicitur quod adhuc in dominio venditoris manet (l. 67 pr. de V. S.), auch die Uebernahme einer Verpflichtung, mindestens die zur Leistung einer Sache, eine alienatio: das Objekt, welches ich aus meinem Vermögen zu leisten verpflichtet bin, is alienum a me.

ut indign. 34, 9). In der That war von dem Gesichtspunkt aus, dass auch das Forderungsrecht ein Vermögensbestandtheil und die Schuld ein das Vermögen minderndes Passivum sei, der Uebergang nicht schwer, um so weniger als die Form, in welcher solches Versprechen lange Zeit allein Gültigkeit erlangen konnte, die stipulatio, den Charakter des Versprechens als Schenkung gar nicht erkennen lässt. Die donationis causa geschlossene auf künftiges Leisten einer Sache gerichtete Stipulation erscheint als sofortige Zuwendung des Forderungsrechtes und dadurch sofort bewirkte Vermehrung des Vermögens, nicht anders als die Zuwendung eines Forderungsrechts durch Cession: erhält auch der Stipulant nicht sofort den realen Genuss der Sache und dient auch vom Standpunkt des praktischen Interesses aus das Versprechen nur zur Vorbereitung dieses Erwerbs, so dass insofern das minus est actionem habere quam rem des Pomponius (l. 204 de R. J.) immer noch richtig ist, so erscheint doch, da das Forderungsrecht selbst als Vermögensbestandtheil behandelt wird, der animus donandi auch hier als ein auf die Gegenwart, auf sofortiges Mindern und Mehren des Vermögens gerichteter Wille, und der Unterschied ist eben nur der, dass das sofort Zugewandte nicht eine körperliche Sache, sondern ein Forderungsrecht ist. Wann und wie diese Entwickelung sich vollzogen hat, lässt sich mit Sicherheit nicht bestimmen, jedenfalls stehen in klassischer Zeit Tradition bezüglich Manzipation und Stipulation, Eigenthumsübertragung und Forderungsbegründung, als die beiden Hauptarten vollendeter Vermögensübertragung auch auf dem Gebiet der Schenkung gleichwerthig neben einander, in ähnlicher Weise wie bei Schenkungen an die Götter die beiden Formen der dedicatio und des votum vorkommen[1]), und wie die Dos ebenso

[1]) Vgl. Pernice Labeo I S. 257: „Das Verhältniss zwischen Votum und Dedication ist das nämliche wie zwischen Schenkungsversprechen und Tradition." Wenn Pernice dazu bemerkt, diese erscheine als Ausführungshandlung für jenes, so ist das, wie auch wohl Pernice nicht anders meint, nicht allgemein zutreffend. Gewiss läuft die Verbindlichkeit ex voto regelmässig auf eine Dedication hinaus, und dann ist allerdings die Dedication Erfüllung der gegenüber der Gottheit übernommenen Verpflichtung; aber es

durch promissio wie durch datio konstituirt werden kann. Wird bei der Dos, die doch von den veteres, sei es mit Recht oder Unrecht, unter die donationes gerechnet wird, mit dem durch promissio begründeten Forderungsrecht das Vermögen des Mannes vermehrt, so ist es nicht mehr angängig, der gleichen promissio, wenn sie zum Zwecke der Schenkung vorgenommen wird, die gleiche Wirkung zu versagen; wie die dotis causa, so muss die donationis causa geschlossene promissio der datio gleichstehen; wie der animus dotis constituendae, so realisirt sich der animus donandi durch Zuwendung des das Vermögen des Stipulanten vermehrenden Forderungsrechtes.

So begreift es sich denn, dass trotz der von dem häufigsten Fall ausgehenden Julianschen Definition der Schenkung als unentgeltlicher Eigenthumsübertragung ohne alles Bedenken von

---

giebt doch, wie Schenkungen an Private ohne vorheriges Versprechen, so auch Dedicationen ohne vorhergehendes votum, die nicht Ausführung eines durch erwartete Hilfeleistung der Gottheit bedingten Versprechens sind (si ita feceritis — si nobis hodie victoriam duis — si unquam rediero u. ä.), sondern die, wie die Schenkung durch dare, als sofortige Leistung auftreten, als spontane Gabe zum Dank für geleistete Hilfe oder in der Hoffnung auf den künftigen Schutz der Gottheit (ut sies volens propitius mihi, vgl. Brissonius, de form. I 194). — Dabei könnte es übrigens nach den Worten der l. 2 § 2 de pollic. 50, 12 (si decimam quis bonorum vovit, decima non prius esse in bonis desinit, quam fuerit separata) scheinen, als ob die durch votum begründete Verpflichtung nicht als Minderung des Vermögens des Votanten betrachtet würde und insofern das Schenkungsversprechen durch stipulatio nicht mit dem Votum in Parallele zu stellen sei; aber offenbar soll mit jenen Worten nichts anderes zum Ausdruck gebracht werden, als was vorher im princ. in der Wendung gesagt ist, dass das votum personam voventis, non rem, quae vovetur, obligat, res enim quae vovetur, ipsa sacra non efficitur, dass also das votum der Sache nicht schon den Charakter der Gottangehörigkeit aufdrückt: wird doch in dem an jene Worte unmittelbar sich anschliessenden Satz anerkannt, dass beim Tod des Votanten vor erfolgter Ausscheidung der gelobten Sache aus dem Vermögen der Erbe zur Leistung verpflichtet sei; auch spricht die Bezeichnung des Votanten als voti damnatus dafür, dass schon durch die Obligation zu künftiger Dedication das Vermögen als unmittelbar berührt angesehen werden kann, woraus neben anderem Pernice a. a. O. S. 105 mit Recht die Nothwendigkeit der auctoritas patris für die Gültigkeit des votum eines Hauskinds erklärt.

donatio gesprochen und das Schenkungsrecht angewandt wird auch in Fällen, wo es sich nicht um ein dare in technischem Sinne handelt: wie das Erlassen einer Schuld, das Ueberlassen eines Gebrauchswerthes, so wird das ein nomen begründende Versprechen als donatio bezeichnet, das ex titulo donationis remittere (l. 54 D. 24, 1), das gratis habitare donatio est (l. 18 eod. l. 9 pr. D. 39, 5), das promisso munere donare (Verg. Aen. V 282), das ex donatione se obligare (l. 12 D. 39, 5.) erregt keinen Anstoss, die donationis causa abgeschlossene Stipulation gilt unbeanstandet als species donationis (l. 22 eod.), ja sogar der Ausdruck donationis titulo dare kommt für Schenken durch Versprechen vor[1]. Der

[1]) L. 23 C. de. sacros. eccl. 1, 2: wenn Jemand einer pia causa eine Erbschaft oder ein Vermächtniss hinterlässt oder donationis titulo aliquid dederit vel vendiderit, so soll die pia causa eine longaeva exactio des letztwillig Hinterlassenen, Geschenkten, Verkauften haben. Dass trotz des folgenden si quaedam fuerint derelicta vel donata, sit eorum paene perpetua vindicatio nicht in allen diesen Fällen an eine dingliche Klage zur Geltendmachung des bereits erworbenen Eigenthumes gedacht werden kann, sondern die vindicatio in § 3 nur in der Bedeutung der exactio (princ. § 1, 2) verstanden ist, ergiebt sich daraus, dass es, wenn geschenkt wäre durch Hingabe der Sache, einer exactio nicht bedürfen würde; überdies zeigen die sich anschliesenden Worte: nulla alia exceptione temporis inhibenda, sive contra primas personas sive contra heredes vel successores earum moveatur, sowie das darauf folgende: in his omnibus casibus non solum personalem actionem damus, sed etiam in rem et hypothecariam, dass dort an die persönliche Klage zur Einforderung von dem Geber oder dessen Erben gedacht ist. Danach ist aber unter dem titulo donationis dare nichts anderes als Schenken durch Versprechen verstanden. So auch die Glosse, die zu aliquid dederit bemerkt: id est dare consueverit, und zu donata: ita quod non tradita. Auch Meyerfeld II S. 111 sagt: aliquid dederit, d. h. hier doch wohl erst promiserit, und: relictorum vel donatorum, d. h. rerum donandi causa promissarum. — Man könnte einwenden wollen, dass unsere Stelle einen Fall des Eigenthumsübergangs durch blossen Schenkungsvertrag ohne Tradition enthalte. Diese namentlich von Aelteren (vgl. die Angaben bei Vangerow I § 311 A. 4 und dazu Petri Exc. leg. Rom. I cap. 61) und neuerdings wieder von Brunner, z. Rechtsgesch. der röm. und germ. Urkunde S. 126 vertretenen Ansicht von einem transitus legalis ist jedoch unbegründet. Wäre es schon auffallend, wenn Justinian so ganz gelegentlich eine solch tiefgreifende Ausnahme aufgestellt hätte, so wäre es noch auffallender, dass er in § 44 J. de R. D. 2, 1 als Ausnahmefall, wo sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem

Begriff der Schenkung erweitert sich von unentgeltlicher Eigenthumsübertragung zu unentgeltlicher Vermögenszuwendung, und

---

transferendam, nur die brevi manu traditio anführt und dieser weiteren Ausnahme nicht Erwähnung thut; es wäre nicht minder auffallend, wenn er in der 10 Tage vor der l. 23 C. erlassenen l. 35 C. de don. 8 53 aus dem formlosen Schenkungsversprechen auch bei Schenkungen an piae causae nur die necessitas traditionis entstehen lässt. Der Zweck der l. 23 ist ausgesprochenermassen, die Ansprüche der Kirchen u. s. w. aus letztwilligen Zuwendungen, Kauf- und Schenkungsgeschäften der gewöhnlichen Verjährung zu entziehen: nur darum, nicht um Gewährung neuer Ansprüche und Anspruchsformen handelt es sich. Die Vertheidiger des transitus legalis thun so, als ob gesagt wäre: non solum personalem actionem damus, sed etiam in rem. Aber es heisst weiter: et hypothecariam secundum nostrae tenorem constitutionis (l. 1 C. 6, 43), quae legatariis et hypothecarias donavit, et supradictis omnibus unum tantummodo terminum vitae suae imponimus, id est, centum metas annorum. Danach wäre aber in allen diesen Fällen nicht blos gesetzlicher Eigenthumsübergang, sondern auch gesetzliches Pfandrecht eingeführt. Denn es geht nicht an, das „Gewähren der actio in rem und actio hypothecaria in allen Fällen" nur für die actio in rem auf alle Fälle, für die actio hypoth. aber nicht auf alle Fälle zu beziehen. Da nun an „Gewährung der actio hypoth. in allen diesen Fällen" nicht zu denken ist, so ist damit gegeben, dass auch nicht in allen diesen Fällen die rei vindicatio zusteht. Was Justinian meint, wird gerade durch die Worte et hypothecariam sowie durch die ausdrückliche Verweisung auf die l. 1 C. comm. de leg. 6, 43 klar. In der letzteren gewährt er den Vermächtnissnehmern non solum personalem actionem, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam (id est hypothecariam) super his quae fuerint derelicta in res mortui. Es sind die Worte der l. 1 C. cit., die in l. 23 C. benutzt werden, und es ist der Fall der l. 1 C., den die l. 23 C. im Auge hat. Nicht für Schenkung und Kauf wird rei vindicatio und actio hypothecaria neu eingeführt, sondern hinsichtlich des Vermächtnisses wird auf die durch l. 1 C. gegebene rei vindic. und actio hypothecaria Bezug genommen. Der Sinn ist nicht: wir geben in allen Fällen 1. die persönliche Klage 2. die rei vindicatio und actio hypothecaria nach Analogie der Vermächtnisse, sondern vielmehr: wir geben 1. in allen Fällen die persönliche Klage, 2. ausserdem nach dem Inhalt unserer l. 1 C. 6, 43., also im Fall des Vermächtnisses, die rei vind. und actio hypothecaria. An eine Uebertragung der den Vermächtnissnehmern und speziell den Kirchen u. s. w. als Vermächtnissnehmern (et praecipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata, l. 1 § 3 C 6, 43) gegebenen dinglichen Klagen auf die Kirche als Käuferin und Beschenkte hat Justinian nicht entfernt gedacht.

das Wort donare wird gebraucht ohne Rücksicht auf die Form und das Mittel der Zuwendung[1]). Bezeichnet ursprünglich donare den Gesammtakt der unentgeltlichen Eigenthumsübertragung, das dono dare, so tritt jetzt, wo die verschiedenartigsten Vermögenszuwendungen dem gleichen materiellen Zweck dienstbar gemacht werden können, die causale Seite als die allein charakteristische hervor. Nicht mehr das spezifische Mittel der Zuwendung, sondern nur noch ihre Eigenschaft als einer unentgeltlichen ist aus dem donare zu erkennen, und es bedarf, wenn jenes zum Ausdruck gebracht werden soll, der besonderen Hervorhebung: donationis causa oder ex donatione tradere, promittere, liberare, remittere. Die Schenkung ist nicht mehr eine Art der Eigenthumsübertragung, die sich von anderen Eigenthumsübertragungen durch die Unentgeltlichkeit unterscheidet, sondern die Eigenthumsübertragung ist eine Art der Schenkung, neben der es noch andere species donationis giebt: was die Schenkung von anderen Vermögenszuwendungen unterscheidet, ist nicht neben der causa die Form, sondern nur noch die causa der Zuwendung.

Konservativer als die Römer sind Neuere, die unter wahrer Schenkung nach wie vor nur die Eigenthumsübertragung begreifen wollen. So erklärt z. B. Hotomann[2]), die Stipulation sei nicht donatio, sondern nur stipulatio donationis causa, und Obrecht[3]) betrachtet die Schenkung so ausschliesslich als doni datio, dass er diese ihre Natur als Eigenthumsübertragungsakt u. a. als Grund anführt für die Ansicht, es gehe seit der Klagbarkeit des pactum donationis durch blosses Versprechen das Eigenthum über: da Schenken das dare voraussetze, Versprechen aber nicht dare sei, und mithin das Versprechen mit der Schenkung an sich nichts ge-

---

[1]) So wird z. B. in l. 15 pr. C. de don. a. n. 5, 3 von donationes inter sponsum et sponsam gesprochen und darunter ebenso der Fall der Eigenthumsübertragung wie des Versprechens begriffen: wenn der Bräutigam am Nichtzustandekommen der Ehe schuld ist, dann id quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur traditum et, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam transferatur.

[2]) De donat. omn. gen., Opera Tom. I P. I cap. I § 2, 4, 33, 37.

[3]) Disp. XVII Oeconomia donationis, Disp. III. de effectibus don. simplicis.

mein habe, so werde, damit die Schenkung durch blosse Erklärung die Sache zu schenken wirklich das sei, was der Name besage, nämlich doni datio, fingirt, dass der Schenker von jetzt an für Beschenkten besitze und die promissio pro traditione sei. Am schärfsten und eigenthümlichsten hat de Retes[1]) die Ansicht verfochten und durchgeführt, dass nur im Fall der Eigenthumsübertragung wahre Schenkung vorliege. Von der Definition der Schenkung als liberalis datio ausgehend erklärt er die datio für das specificum, wodurch die donatio von allen übrigen liberalitates unterschieden werde[2]). Die remissio debiti sei zwar liberalitas, aber, weil keine datio, nicht ein donare, sondern nur ein perdonare, mit der vera donatio nur übereinstimmend in ratione generica, nicht aber in ratione specifica; ebenso könne die promissio ex causa liberalitatis facta als in ratione specifica verschieden nicht mit donatio unter einer Definition zusammengefasst werden[3]).

Steht nun auch diese Beschränkung des Begriffs der vera donatio auf den Fall der Eigenthumsübertragung mit der vorher

---

[1]) De donat. cap. 2, 4, 5.

[2]) Der Streit der unter Schenkung nur die Eigenthumsübertragung Verstehenden darüber, ob das genus der Schenkung die liberalitas oder die datio sei, ist ein müssiger. Man kann natürlich von diesem Standpunkt aus beides sagen. Geht man von der Gattung Liberalität aus, so ist das die Schenkung von anderen Liberalitäten unterscheidende spezifische Moment die Eigenthumsübertragung; sagt man aber, was man mit demselben Recht kann, die Gattung sei Eigenthumsübertragung, so ist die Schenkung von anderen Eigenthumsübertragungen spezifisch unterschieden durch das Merkmal der Unentgeltlichkeit. Von dem Standpunkt aus, dass Schenkung durch alle Arten von Vermögenszuwendung vorgenommen werden kann, ist das Gegebene, von dem Gattungsbegriff Vermögenszuwendung auszugehen und sie im Gegensatz zu anderen als diejenige Vermögenszuwendung zu bezeichnen, die aus Liberalität erfolgt, da eben nicht mehr die Form der Zuwendung, sondern nur noch die causa das charakteristische Merkmal bildet; will man den Gattungsbegriff Liberalität zu Grund legen, so ist ein Gegensatz nur vorhanden zu denjenigen Liberalitäten, die keine Vermögenszuwendung enthalten.

[3]) Ueber den eigenthümlichen Unterschied, den de Retes zwischen remissio und promissio donationis causa macht, vgl. unten S. 81.

geschilderten Entwicklung in Widerspruch, so ist doch nicht zu verkennen, dass dieser Fall, wie er ursprünglich der alleinige ist, auch später noch als der praktisch weitaus wichtigste und häufigste erscheint, und dass, wenn von Schenkung schlechthin gesprochen wird, die Römer wie auch wir in erster Linie an die doni datio, das unmittelbare Hingeben einer Sache zu Eigenthum, denken. Wie das Legat, bei dem ursprünglich die Form ausschliesslich mit dem einen Zweck der lucrativa causa sich verbindet, auch dann, als das formale Moment in den Vordergrund tritt und in der gleichen Form auch andere Zwecke erreicht werden können, normalerweise noch als lucrative Zuwendung erscheint, so ist die Schenkung, die von Haus aus den Liberalitätszweck ausschliesslich in der Form der Eigenthumsübertragung verfolgt, auch in der Zeit, wo das causale Moment als das allein charakteristische hervortritt und der Schenkungszweck auch durch andere Mittel realisirbar ist, doch noch hauptsächlich unentgeltliche Eigenthumsübertragung: in anderen Fällen spricht man, unter besonderer Hervorhebung des Mittels, eher von Cession, Delegation, Erlass, Stipulation schenkungshalber, bezüglich von Schenkung durch Cession, Delegation u. s. w.

Dieser Umstand, in Verbindung mit dem weiteren, dass die Römer nicht den das dare, promittere, liberare u. s. w. zusammenfassenden allgemeinen Begriff der Vermögungszuwendung haben, und dass die Scheidung der formalen und causalen Seite der Vermögensrechtsgeschäfte ihnen nicht zum klaren Bewusstsein und Ausdruck gekommen ist[1]), sowie dass in dem römischen System

---

[1]) Charakteristisch dafür ist, dass neben den Wendungen tradere donat. causa, promittere ex causa donationis, se obligare ex donatione auch die vorkommt: per donationem alienare, per donationem possessionem conferre, successio per donationem, l. 45 pr. de iure fisci 49, 14 l. 3 C. de revoc. don. 8, 55 l. 17 § 5 D. 2, 14. Noch schärfer tritt dieses Konfundiren des formalen und causalen Elements bei den Kompilatoren hervor in der interpolirten l. 22 D. 39, 5: eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur. Wenn hier die durch Stipulation bewirkte Schenkung nicht als zu den bonae fidei contractus gehörig bezeichnet wird, so ist die Schenkung

das formale Element durchaus vorherrschend ist, erklärt die Stellung unserer Lehre in den Justinianischen Institutionen[1]).

# II.

1. Wie die römischen Juristen sich mit der Frage nach der Stellung der Schenkung im Rechtssystem den Kopf nicht zerbrochen haben, so finden sich bei ihnen auch keine Spuren eines Ringens mit dem Schenkungsbegriff, wie die modernen Untersuchungen es aufweisen. Sie heben wohl einzelne Momente, wie das der Unentgeltlichkeit, der Freiwilligkeit, der Liberalität hervor, nehmen aber im Wesentlichen den Begriff als einen gegebenen und erörtern nur bei dem einzelnen Schenkungssatz, ob der eine oder andere Fall als eine von ihm betroffene Schenkung anzusehen ist. Sie stellen sich eben nicht die Aufgabe, die Schenkungslehre im Zusammenhang darzustellen, und bei der Sonderbehandlung der auf Schenkungen sich beziehenden Sätze kümmert es sie wenig, ob und wie weit aus dem Thatbestand der einzelnen Schenkungsfolgen ein bei aller Verschiedenheit des Einzelnen doch gemeinsamer Begriff der Schenkung zu abstrahiren ist. Der Grund liegt, neben ihrer überwiegend praktischen Richtung, darin, dass die Schenkungssätze in langsamer Entwickelung, zum Theil durch grosse zeitliche Zwischenräume getrennt, ins Leben getreten sind.

---

nicht nach dem causalen Moment der Unentgeltlichkeit charakterisirt, sondern nach dem formalen Mittel der Vermögenszuwendung, denn natürlich ist jenes ohne Rücksicht auf dieses weder als bonae fidei noch als stricti iuris contractus zu prädiziren. Ohne diese Unklarheit und Konfundirung hätte die Schenkung als solche ebensowenig unter die contractus stricti iuris wie unter die Eigenthumserwerbsarten gestellt werden können: sie ist das eine wie das andere nur von der Seite des Mittels der Zuwendung. — Vgl. auch l. 86 § 2 de leg. I., wo einander gegenübergestellt werden der Erwerb durch Tradition oder Stipulation und der Erwerb durch Legat oder Schenkung.

[1]) Vgl. hierüber meine Abhandlung: Ueber die Stellung der Schenkung im Rechtssystem (Festgabe für Leist 1891).

Die Feststellung dessen, was Schenkung sei, zu der Zeit, wo die Lex Cincia der einzige Rechtssatz über Schenkung war, konnte nicht beeinflusst sein durch die Rücksicht darauf, dass das spätere Verbot der Schenkung unter Ehegatten einen anderen Thatbestand zu seiner Voraussetzung hat; und wie der in Hinsicht auf jenes Gesetz gebildete Begriff nicht massgebend war für dieses Verbot, so war wieder der durch dieses Verbot getroffene und eingeengte Thatbestand der Schenkung nicht nothwendig die Grundlage für einen weiteren neuen Schenkungssatz [1]). Und auch die späteren Juristen, die sich einer grösseren Zahl von Schenkungssätzen gegenüber sehen, haben nicht das Bedürfniss, das allgemeine Wesen der Schenkung begrifflich zu erfassen und dem gegenüber bei den einzelnen Rechtssätzen hervorzuheben, inwiefern bei ihnen dieses begriffliche Wesen modifizirt ist und wie viel an weiteren Voraussetzungen zu den begrifflichen Momenten für ihre Anwendbarkeit hinzukommen muss.

Die moderne Wissenschaft möchte aber das Schenkungsrecht als ein einheitliches darstellen, und dazu bedarf es eines einheitlichen Begriffes der Schenkung. Sollen die verschiedenen Sätze als die Schenkung normirende zusammengefasst werden, so ist das zusammenfassende Moment eben die Schenkung: was dem einen Rechtssatz Schenkung ist, muss mit dem, was der andere darunter versteht, nothwendig gewisse gemeinsame Merkmale haben, die dem im übrigen vielleicht verschiedenen Thatbestand doch gleichmässig den Charakter der Schenkung aufprägen. Gerade diese Feststellung des Schenkungsbegriffes ist es, welche die Hauptschwierigkeiten bietet, Schwierigkeiten, die sich vielleicht nie ganz überwinden lassen und denen gegenüber jedenfalls die in den einzelnen rechtlichen Folgen liegenden ganz zurücktreten.

Dass nichts weniger als Uebereinstimmung und Klarheit darüber herrscht, was Schenkung im weiteren und engeren Sinn

---

[1]) **Bekker**, Pand. II S. 174: je für die einzelnen Rechtsfolgen konstruirte man sich einen besonderen Donationsthatbestand: was ungültig unter Ehegatten, braucht nicht nothwendig auch der Lex Cincia zu unterliegen, desgleichen umgekehrt.

ist, wann einem Schenkungssatz der eine, wann der andere Begriff zu Grunde liegt, dass es einen einheitlichen Begriff der Schenkung im engeren Sinn überhaupt nicht giebt, ist oben gezeigt worden: die Momente, die für das Platzgreifen eines einzelnen Schenkungssatzes neben den allgemeinen Erfordernissen des Schenkungsbegriffs nothwendig sind und für ihn den Begriff der Schenkung im engeren Sinn ergeben, sind weder immer nothwendig, noch immer genügend, um einen anderen Schenkungssatz als anwendbar erscheinen zu lassen, obgleich auch dieser mit den allgemeinen Schenkungsmerkmalen sich nicht begnügt. Dazu kommt als weiter erschwerender Umstand, dass wir naturgemäss zunächst daran denken, einen derartigen Begriff des Lebens nach unserer Auffassung zu bestimmen, während wir doch gegenüber dem positiven Recht hierin nicht vollständig frei sind: handelt es sich um Ermittelung des Thatbestandes eines römischen Schenkungssatzes, so geht es nicht an, diesen Thatbestand ohne Rücksicht auf das, was die Römer als solchen ansehen, zu bestimmen, sowenig wie wir die Voraussetzungen eines deutschen Gesetzes aus früheren Jahrhunderten lediglich mit den Augen unserer Zeit ansehen dürfen. Halten wir z. B. die von dem Instituten nicht blos einseitig zu Gunsten des Substituten, sondern in Folge der von letzterem angenommenen Sckenkungserklärung erfolgte Ausschlagung der Erbschaft für einen alle Momente der Schenkung aufweisenden Thatbestand, so können wir doch nicht sagen, dass auf solchen das Verbot der Schenkung unter Ehegatten Anwendung finde; erklären die Römer den Verzicht auf eine nicht fällige Zinsforderung für eine nicht unter das Verbot der Lex Cincia fallende Schenkung und insofern für Nichtschenkung, so dürfen wir, wenn auch begrifflich dieser Fall uns als zweifelloser Schenkungsfall erscheint, ihn darum doch nicht als eine allen Schenkungssätzen zugängliche Schenkung bezeichnen. Der Thatbestand der verschiedenen Schenkungssätze ist eben nicht immer dem gleich, was wir mit unseren Augen begrifflich als Schenkung betrachten.

Es war ein folgenschwerer Irrthum Savignys, dass der dem Verbot der Schenkung unter Ehegatten zu Grunde liegende Begriff der Schenkung bei jedem Schenkungssatz zu Grund zu legen sei.

Ist für jenes Verbot der Begriff in der Weise, dass nur die ein pauperior und locupletior fieri zur Folge habende unentgeltliche Zuwendung dem Verbot unterfällt, eingeschränkt aus keinem anderen Grunde, als weil nicht jede Schenkung als gefährliche und zu verhütende erscheint, und wird andererseits, weil das Verbot nur bezweckt, ne mutuo amore invicem spoliarentur profusa erga se facilitate, ne melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret (l. 1, 3 pr., 31 § 7 D. 24, 1), das Vorliegen einer dem Verbot unterfallenden Schenkung in Fällen, wo ein pauperior und locupletior fieri nicht in Abrede gestellt werden kann, deshalb geleugnet, weil das ius prohibitae donationis non amare nec tamquam inter infestos tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes (l. 28 § 2 eod.), so ist es schlechthin ausgeschlossen, die auf der speziellen ratio dieses Verbots beruhende besondere Gestaltung des Schenkungsthatbestandes als eine allgemeine und für andere Schenkungssätze geltende hinzustellen und die dort hervorgehobenen Merkmale als zur vollständigen Bestimmung des Begriffs wahrer und eigentlicher Schenkung überhaupt nothwendig anzusehen [1]).

Wenn nun auch die meisten Neueren von diesem Fehler Savignys sich freihalten, so begehen doch Viele mit ihm den anderen, den Begriff der für die Rechtsordnung relevanten Schenkung als einen fest abgegrenzten zu betrachten. In Wahrheit aber deckt der gleiche Name höchst verschiedenartige Erscheinungen, und es ist unmöglich, sämmtliche anerkannte Rechtsfolgen der Schenkung an einen und denselben Thatbestand anzuknüpfen. Wir sprechen von Schenken und die Römer von donare in dem

[1]) Wenn in l. 36 § 2 C. de don. die Schenkung von Geld zum Zwecke des Wiederaufbaues eines zerstörten Gebäudes ausdrücklich von dem Erforderniss der Insinuation befreit wird, so ist das — ebenso wie die Befreiung der Schenkungen des magister militum an die Soldaten — eine auf besonderen Gründen beruhende Ausnahme. Dass es aber Schenkung ist, wird gerade durch diese Ausnahmebestimmung bewiesen. Wäre es nun richtig, dass der dem Verbot der Sckenkung unter Ehegatten zu Grunde liegende Begriff der Schenkung der allgemein geltende sei, so hätte es, da eine solche Zuwendung nach l. 14 D. 24, 1 eine unter Ehegatten nicht verbotene ist, einer besonderen Ausnahmebestimmung nicht bedurft.

weiteren Sinn unentgeltlicher Verfügung, unentgeltlicher Zuwendung eines Vortheiles, und es ist zweifellos, dass da, wo dieses Moment fehlt, begrifflich keine Schenkung vorliegt und darum ohne dieses Minimum keine einzige Rechtsfolge der Schenkung eintreten kann; aber ebenso unzweifelhaft ist, dass mit diesem Thatbestand nicht alle von der Rechtsordnung für die Schenkung normirten Folgen verbunden sind, dass also für die Anwendbarkeit gewisser Schenkungssätze eine Einschränkung des weiteren Begriffes, ein Plus von Voraussetzungen nothwendig ist. Und ebenso kann nicht verkannt werden, dass diese Einschränkung nicht gleichmässig und einheitlich für alle Schenkungssätze möglich ist, sondern für den einen ein Mehr, für den anderen ein Weniger zu jenem Minimum hinzutreten muss. Hat der betreffende Rechtssatz die Verhinderung des unentgeltlichen Habens im Auge, wie z. B. das Verbot der Schenkung an Beamte und Ketzer, so kommt es nicht darauf an, ob zugleich das Vermögen des Zuwendenden in seinem bereits vorhandenen Bestand gemindert wird, vielmehr wird ebenso auch die in übereinstimmender Absicht zu diesem Zweck der unentgeltlichen Zuwendung erfolgende Ausschlagung einer Erbschaft zu Gunsten des Beamten unter dieses Verbot fallen. Handelt es sich hingegen bei dem betreffenden Schenkungssatz darum, die Verkürzung des vorhandenen Vermögens zu verhüten wie bei der querela inofficiosae donationis, der actio Pauliana, so ist eben eine solche positive Minderung nothwendig und das Ausschlagen eines möglichen das Vermögen vermehrenden Erwerbes nicht als Thatbestand für den Eintritt dieser Rechtsfolge genügend. Im Sinn jener Bestimmung ist das Ausschlagen einer Erbschaft Schenkung, im Sinn dieser Bestimmung ist es keine Schenkung[1]). Geht, wie bei dem Verbot der Schenkung unter Ehegatten, die Tendenz nur gegen das invicem spoliare und gegen das mit dem Aermerwerden des Einen ver-

[1]) So ist auch das Ausschlagen eines Legats für den einen Rechtssatz alienatio (l. 5 § 9 D. 27, 9: der Pupill kann solche alienatio ohne den Tutor nicht vornehmen), für einen anderen Rechtssatz ist es keine alienatio (l. 6 § 4 D. 42, 8: es fällt nicht unter den Begriff der die actio Pauliana begründenden alienatio in fraudem creditorum facta).

bundene Reicherwerden des Anderen, so muss beides, Minderung des vorhandenen Vermögens und bleibende Erhöhung des Totalwerthes des anderen Vermögens, zusammentreffen, während dies wieder nicht gefordert werden darf bei einem Rechtssatz, dessen Zweck Schutz gegen Leichtsinn und Uebereilung des Schenkers ist.

Wie die Savignysche Ansicht, dass der dem Verbot der Schenkung unter Ehegatten zu Grund liegende Begriff ein jedem Schenkungssatz zu Grund zu legender sei, so ist auch die Ansicht unhaltbar, dass es einen in anderer Weise fest abgegrenzten Schenkungsbegriff als allgemeinen einheitlichen Thatbestand für den Eintritt aller Schenkungsfolgen gebe.

**2.** Es wird nicht ohne Interesse sein, einen genaueren Blick auf die früher im Allgemeinen berührte verschiedene Behandlungsweise zu werfen, welche der Frage nach dem Begriff und Wesen der Schenkung und nach der Abgrenzung des weiteren und engeren Begriffs bei den Schriftstellern älterer und neuerer Zeit zu Theil geworden ist. Eine vollständige Litteraturübersicht, die theils von geringem Werth sein, theils bei der Unmasse der mit dem Gegenstand sich beschäftigenden Schriften[1]) zu weit führen würde, ist dabei nicht beabsichtigt.

Die Glosse enthält keine allgemeinen Ausführungen über den Begriff der Schenkung. Es findet sich nur die Bemerkung, dass donatio zwei Bedeutungen habe: im engeren Sinn sei es doni datio, so dass danach fremde Sachen nicht geschenkt werden könnten, im weiteren Sinn sei donatio hierauf nicht beschränkt, so dass auch Schenkung fremder Sachen zulässig sei und einen titulus pro donato bilde. Weiter wird unterschieden zwischen donatio simplex und donatio ob causam oder cum causa, und der donatio cum causa (negotium mixtum scil. cum donatione) die simplex datio ohne animus liberalis entgegengesetzt, sowie Schenkung in Gegensatz zu Innominatkontrakt gebracht; ausserdem wird von donatio usus vel mercedis gesprochen und betont, dass etwas Kommodat der Sache, aber Schenkung des Gebrauchs sein könne;

[1]) Serafini-Arndts, Pandette I § 80 N. 1 zählt, ohne erschöpfend zu sein, etwa 150 Schriften, in alphabetischer Ordnung, auf.

endlich wird der Fall, wo der malae fidei possessor ein fundum excolere vornimmt, als donatio interpretativa im Gegensatz zur donatio vera bezeichnet[1]).

Connanus[2]) bestimmt den Begriff zunächst durch den Gegensatz des entgeltlichen Vertrages, indem er zwei Gruppen von Verträgen unterscheidet: solche, die gratuito und lediglich unius causa vorgenommen werden (donatio), und solche, die ob causam und utriusque causa fiunt und negotium habent (permutatio); innerhalb dieses weiten Begriffes der donatio im Sinn des unentgeltlichen Vertrages scheidet er, je nach dem Objekt der Zuwendung, donatio als Uebertragung des Eigenthums auf die Dauer, mutuum als Uebertragung des Eigenthums auf Zeit, commodatum als Gewährung des Gebrauchs, mandatum als Gewährung von operae, depositum als Gewährung von diligentia in concreto (?); an anderer Stelle erklärt er, dass die donatio animo liberali erfolgen müsse in der Weise, dass der Empfänger Eigenthümer werde, dass aber auch der Fall des permittere saxum eximere, des fundum excolere, des gratis habitare (l. 6, 14, 9 pr. D. 39, 5) zur Schenkung gehöre.

Nach Gomez[3]) liegt Schenkung vor, 'quando quis nulla subsistente causa, sed propter solam liberalitatem donat alteri pecuniam, rem vel aliqua bona sua, talis donatio fit et celebratur duplici modo: traditione et promissione.

Hotomann[4]), der die Schenkung bezeichnet als liberalis alienatio oder dominii translatio quae communi partium consensu tradendo accipiendoque conficitur, unterscheidet die donatio directa, die solius liberalitatis causa et sine ulla negotii gestione conficitur, von der donatio negotialis, bei welcher nicht blosse

---

[1]) Gl. ad l. 9 § 3; l. 18 pr.; l. 19 pr. § 5.; l. 18 § 1; l. 19 § 1; l. 9 pr.; l. 27; l. 14 D. 39, 5. Die Turiner Institutionenglosse (Nr. 127) definirt die donatio als voluntaria et larga datio ex nulla necessitate sumens originem. Aehnlich die lange Zeit allgemein anerkannte Definition von Azo: rei licitae nullo iure cogente mera liberalitate facta collatio.

[2]) Comm. iur. civ. Lib. V de donat. cap. 9—11.

[3]) Comm. tom. II cap. 4.

[4]) Disput. de donat. cap. I, II.

Liberalität vorliegt, sondern zugleich negotium geritur, und zu der er den Fall des dies, der condicio, der causa und des modus rechnet.

Ihm stimmt im Wesentlichen zu Giphanius[1]): die drei Merkmale der Schenkung seien dominii translatio, welche das Genus bilde, liberalitas, wodurch sie sich von Kontrakten und anderen lucri causa oder iure cogente geschehenden Eigenthumserwerbungen unterscheide, und Tradition und Acceptation, indem für den Begriff der eigentlichen Schenkung jedenfalls ursprünglich die datio re facta nothwendig gewesen sei, d. h. actualiter aliquid dare et tradere alteri gratis, während später auch der blosse Konsens ohne Tradition genüge, immer aber Acceptation erforderlich sei. Der Hotomannschen Unterscheidung von donatio directa und negotialis entspricht bei ihm die von donatio vera und non vera: letztere ist ihm diejenige, qua quid alteri donatur non mera liberalitate, sed etiam negotii alicuius causa, und kann entweder mortis causa geschehen (Legat und mortis causa donatio) oder inter vivos (dos, donatio propter nuptias, donatio sponsalitia, donatio remuneratoria); erstere bestimmt er wie Julian in l. 1 D. 39, 5 als Geben liberalitatis causa ea mente, ut confestim fiat accipientis nulloque casu ad donatorem revertatur; beide fasst er zusammen als actio, qua quid alteri liberalitate quadam datur aut conceditur.

Wie Giphanius so hebt Cujacius[2]), nur ohne Scheidung von vera und non vera donatio, das Moment der definitiven Eigenthumsübertragung besonders hervor, indem er die Schenkung charakterisirt als alienatio rei, quae liberalitatis causa fit hac mente, ut nullo casu recipiatur.

Nach Obrecht[3]) ist Schenkung allgemein derjenige Akt (einerlei, ob Tradition, Vertrag, Pollicitation), quo res aliqua, simpliciter et absolute vel relative, donandi animo in alterum confertur; als donatio simplex (deren Vorliegen aber durch eine Nebenbestimmung nicht ausgeschlossen wird) ist sie der actus,

[1]) Lectur. Altorph. Ad T. D. de donat. Prolegom. 4.
[2]) Parat in Lib. 50 Dig. ad T. D. 39, 5.
[3]) Oecon. donat. Disput I squ.

quo res aliqua nullo iure cogente propter meram liberalitatem et munificentiam a donante alteri traditur ab eoque accipitur; als donatio relata erfolgt sie nicht ob meram liberalitatem, sondern hat Beziehung zu einer die Liberalität stets ausschliessenden causa, und ist der actus, quo res aliqua sub causa in alterum donandi animo confertur: sie scheidet sich in donatio mortis causa und non mortis causa, welch letztere entweder nuptiarum causa stattfindet oder aus einer mit der Ehe nicht zusammenhängenden causa, sei es, dass sie als donatio remuneratoria ob causam praeteritam oder dass sie ob causam futuram erfolgt.

Meier[1]) erklärt gleichfalls die Art der Zuwendung für gleichgültig (tradere, Forderungserlass, gratis habitare, confessio in iure u. s. w.), fordert aber zu dem libere et nullo iure cogente Gewähren noch die mera animi liberalitas, die von allen äusseren Gründen absehend ausschliesslich auf Wohlwollen beruhe und, wenn sie nicht in Verschwendung übergehen solle, rectum iudicium bewahren müsse, sowie die Acceptation des Empfängers.

Ausschliesslich auf das Fehlen des rechtlichen Zwangs, der externa causa necessitatis, stellt den Begriff der donatio propria, simplex, vera Zoesius[2]). Die donatio ob causam gewähre dem Schenker selbst einen Vortheil oder mache ihn von einer Verbindlichkeit frei, so die dos und donatio propter nuptias, die darum an der Natur der propria donatio nicht theilnehmen, weil man dazu gezwungen werden kann, hingegen die mortis causa donatio sei eben so wie die donatio remuneratoria eine vera donatio, da in beiden Fällen die causa nicht eine causa necessitatis sei und nicht den Vortheil des Schenkenden bezwecke, wenn auch der mortis causa Schenkende, weil er nicht sich selbst die Sache entziehe, nicht in dem Grade liberal sei wie der unter Lebenden Schenkende; immerhin aber sei jede datio, quae nullo iure cogente fit, eine vera donatio.

Bocerus[3]) rechtfertigt die Bezeichnung der Schenkung als actus ad donum in aliquem conferendum affectus damit: die

---

[1]) Colleg. Argent. ad T. D. 39, 5.

[2]) Comm. ad T. D. 39, 5 (pg. 963 squ).

[3]) Comm. De donat. cap. I.

Schenkung bedürfe als Gattung eines solch allgemeinen Wortes (actus), da sie auf verschiedene Weise vorgenommen werden könne; die spezifische Differenz sei ausgedrückt durch affectus ad donum conferendum, wodurch alle Arten der Schenkung umfasst würden, indem die Absicht stets darauf gerichtet sei, ein Geschenk auf einen Anderen zu übertragen; der Ausdruck donum aber statt liberalitas sei gebraucht, weil liberalitas sich nur auf die vera et absoluta donatio beziehe, donum aber sowohl die Schenkung ex causa wie die ex mera liberalitate sine ulla condicione et causa facta in sich fasse.

De Retes[1]) geht von der Definition des Aristoteles (Eth. IV 2) aus, wonach die Schenkung eine datio irredibilis (ἀναπόδοτος) ist. Es sei definitive Eigenthumsübertragung, die aus Liberalität erfolge, d. h. als Ausfluss der Tugend, die uns zum unentgeltlichen Aufgeben von Vermögenswerthen geneigt macht und, nur die eigene munificentia des Gebers zum Objekt habend, daher stammt, dass der Geber das Geld nicht begehrt und liebt. Liberalis sei das genericum, datio das specificum, indem jenes jede Zuwendung umfasse, auch solche, die nicht das Eigenthum, sondern nur den Gebrauch oder den zeitweisen Besitz gewähren, wie das Precarium, die datio aber als Eigenthumsübertragung die Schenkung von allen anderen Liberalitäten unterscheide. Unrichtig sei die Definition, die zu stark das Moment der dominii translatio betone, denn die Schenkung fordere Eigenthumsübertragung nicht in actu, sondern nur in potentia, in aptitudine, weshalb auch der eine fremde Sache Schenkende, obgleich hier in actu keine datio vorliege, doch wegen seines animus irredibilis eine Schenkung vornehme. Umgekehrt fehle die communis opinio darin, dass sie in ihrer Definition (actus, quo res alioquin licita nullo iure cogente et liberaliter in aliquem confertur) die dominii translatio nicht enthalte, auch nicht in aptitudine: das confertur drücke zu wenig die Wirkung der Schenkung hinsichtlich Irrevocabilität und Eigenthumsübertragung aus, und das nullo iure cogente sei überflüssig, da dies schon in dem liberaliter enthalten sei. Er ver-

[1]) De donat. (Meermann Thesaur. VI 557 squ.).

theidigt seine eigene Definition gegenüber möglichen Einwänden gegen die von ihm geforderten Momente (liberalis datio irredibilis). Gegen das liberalis lasse sich das Bedenken erheben, dass die einzelne Schenkung nicht immer an der vollen virtus liberalitatis partizipire: so sei insbesondere die donatio remuneratoria im philosophischen Sinn nicht eine wahre Schenkung, sondern Zahlung einer Art von Schuld, denn sie gehe nicht aus dem reinen Motiv der Liberalität hervor, vielmehr wolle man sich durch Vergeltung der empfangenen Wohlthat von einer Last befreien, und wo irgend eine Nothwendigkeit vorliege, da fehle es an jener Freiheit, welche die liberalitas ihrem Wesen nach voraussetze. Dieser Einwand wird widerlegt durch die Argumentation, dass, wenn auch im philosophischen Sinn der remuneratorischen Schenkung der Charakter einer wahren Schenkung abgesprochen werden müsse, die Remuneration doch immerhin, da es sich nicht um eine wirkliche, auf etwas Bestimmtes gerichtete Rechtspflicht handele, substantiam gratuiti animi behalte, im Rechtssinn aber sei gratuitum und liberale synonym, und nach den Grundsätzen des Rechts, das nicht vollständig denen der Philosophie und Moral folgen könne, bestehe die Substanz jeder Schenkung in der Unentgeltlichkeit. — Der andere Einwand könne sich richten gegen das Moment der datio, da auch durch remissio und durch promissio geschenkt werden könne. Beides sei aber in der That nicht Schenkung im eigentlichen Sinn, es stimme mit ihr nur überein in ratione generica, indem es unter das gleiche Genus der liberalitas falle, nicht aber in ratione specifica, weil es eben nicht datio sei. Dabei macht de Retes einen eigenthümlichen Unterschied zwischen gratuita remissio und gratuita promissio. Der ersteren fehle es überhaupt ganz und gar an der materia, hinsichtlich welcher eine donatio vorkommen könne: daher fänden bei ihr die Schenkungsregeln überhaupt nicht Anwendung, so dass, wie aus diesem Grund der Erlass künftiger Zinsen nach l. 23 D. 39, 5 nicht unter die Lex Cincia falle, so auch die nur auf verae donationes sich beziehende revocatio propter ingratitudinem hier nicht platzgreife. Hingegen die letztere sei zwar auch etwas anderes als donatio, nämlich nur promissio ex causa donationis, aber weil die nachfolgende Tradition ihren Grund in

diesem Versprechen habe und auf diesen Anfang gesehen werden müsse, so erscheine der ganze Akt als Schenkung, obgleich es sich auch hier wie bei der remissio nicht um wahre Schenkung handele. Die remissio sei wie die wahre Schenkung eine in suo genere completa liberalitas, die promissio nur eine donatio inchoata, quae recipit complementum, quando res ex praecedente causa traditur: aus diesem Grund konvalescire die erstere durch den früheren Tod des schenkenden Ehegatten, die letztere nicht; hingegen griffen die bei der ersteren nicht zur Anwendung kommenden Schenkungsbeschränkungen bei der letzteren deshalb Platz, weil diese Beschränkungen sonst leicht vereitelt werden könnten und doch die Gründe derselben sich hier noch stärker geltend machten als bei der wahren Schenkung, da man leichter verspreche als gebe. — Was endlich den Einwand gegen das dritte Moment (irredibilis) betreffe, dass nämlich in manchen Fällen so geschenkt werde, ut revertatur, nämlich bei Schenkung unter Resolutivbedingung und Endtermin, bei donatio mortis causa und donatio ob causam, si causa non secuta est, so seien alle diese Fälle nicht wahre Schenkung, jedoch müsse man anerkennen, dass in jedem derselben die substantia donationis bewahrt bleibe und darum die Definition sich aufrecht erhalten lasse: bei Schenkung unter einem dies liege zwar nicht eine datio irredibilis vor, aber es solle hier eben auch nicht die Sache selbst dauernd erworben werden, sondern die Schenkung sei beschränkt auf den Vortheil der Zwischenzeit, und darin, dass dieser dauernd behalten wird, sei das Wesen der Schenkung und damit die Definition gewahrt; und bei Schenkung unter einer Bedingung kehre zwar die geschenkte Sache eventuell an den Schenker zurück, aber die Bedingung suspendire oder resolvire doch den ganzen Akt in eventum contrarium, daher sei allerdings die suspensiv bedingte Schenkung, so lange die Bedingung schwebe oder wenn sie deflzire, nicht Schenkung, indem quod pendet non est in eo quasi sit und condicionalia nihil ponunt in esse, aber die Definition beziehe sich eben auf den Fall, wo die Bedingung existirt, und müsse dem Zustand angepasst werden, in welchem die Schenkung perfekt und unwiderruflich ist, wie ja auch die Definition von Legat als donatio quaedam und von Obligation als iuris

vinculum, quo necessitate adstringimur, obgleich beide unter einer Bedingung möglich sind, die Vollendung der betreffenden Akte ausdrücken und dieselben als perfekte, nicht vom Ausfall der Bedingung abhängige ins Auge fassen, und wie auch die donatio mortis causa, so lange Revokation eintreten kann, nicht donatio, sondern nur spes donationis sei.

Noodt[1]), der sich speziell mit dem Verbot der Schenkung unter Ehegatten beschäftigt, geht von der gerade auf dieses Verbot bezüglichen Definition Julians in l. 1 de don. aus und versteht danach unter vera oder propria donatio die sofortige definitive Zuwendung eines Vermögensvortheils aus Liberalität. Alle derartige Zuwendungen seien an sich durch das Verbot getroffen, aber die Praxis habe das eingeschränkt und die allzugrosse Strenge gemildert, indem man angenommen habe, der Sinn des Verbots sei nicht, die coniugalis benignitas gänzlich zu beseitigen, sondern nur dafür zu sorgen, dass nicht unter Missbrauch dieses Vorwands der Bessere ärmer, der Schlechtere reicher werde; daher seien eben von den verae donationes nur diejenigen gehindert worden, wo beides vorliege. Er erklärt sonach für verae donationes auch solche, die das Moment des pauperior und locupletior fieri nicht aufweisen, nur dass eben hier das Verbot der Schenkung unter Ehegatten nicht platzgreife.

Voet[2]) sieht das Wesen der Schenkung im Allgemeinen in der liberalen freiwilligen Zuwendung von Vermögensstoff, einerlei, ob die Zuwendung in datio oder promissio besteht: donatio est liberalis et licita rei datio vel promissio, et plerumque nullo iure cogente fit, cum distinctio, utrum quis ex necessitate rei familiaris an ex libera voluntate donet, in donantis munificentiam non cadat. Er stellt im Gegensatz zu de Retes vor Allem fest, dass die Schenkung nicht blos durch Tradition, sondern auch durch remissio und promissio erfolgen könne. Der Erlass einer Forderung sei unzweifelhaft vera et propria donatio, die ohne Tradition auch durch nudum pactum perfizirt werde, indem gegen die Klage aus der

---

1) Comm. ad. T. D. 24, 1 (Op. omn. II p. 391 squ.).
2) Comm. ad T. D. 39, 5 §§ 1—3.

erlassenen Forderung eine exceptio zustehe. Ebenso werde durch Stipulation und seit Justinian durch formloses Versprechen die Schenkung so perfekt, dass eine Klage auf Tradition des Geschenkten begründet sei, so dass also die Tradition non ad perfectionem donationis, sed ad implementum et consummationem eius spectat, ein Satz, der schon dadurch bewiesen werde, dass dem Schenker das bei Schenkung durch Tradition undenkbare beneficium competentiae zustehe. Dem gegenüber sei ganz unbegründet der auf manche von promissio donationis causa facta redende Stellen (l. 22, 23 D. 39, 5) gestützte Einwand, dass ein solches Versprechen nicht Schenkung sei, sondern ein der Schenkung selbst vorausgehendes schenkweises Versprechen, dem der eigentliche Schenkungsakt erst nachfolge; denn ebenso werde von datio donationis causa gesprochen (l. 122 § 2 D. 45, 1), und doch werde Niemand daraus den verkehrten Schluss ziehen, dass die datio dem Schenkungsakt vorausgehe; auch spreche l. 33 § ult. D. 39, 5 in einem solchen Fall der Stipulation ausdrücklich von donatio perfecta. Danach sei die datio donandi causa und die promissio donandi causa gleichmässig Schenkung. In Bezug auf den Gegensatz von donatio propria und impropria schliesst Voet sich einfach an die von Julian in l. 1 D. 39, 5 gegebene Unterscheidung an. Die donatio remuneratio zählt er zu den Fällen der donatio propria, da der Umstand, dass der Schenker beneficio praecedente accepto dazu bestimmt werde, nicht den Wegfall des Moments propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem exerceat bewirke: wollte man die durch vorausgegangene Verdienste veranlasste Schenkung für eine donatio impropria erklären, so werde man kaum eine donatio propria auffinden können, indem eine ohne alle Veranlassung vorgenommene Schenkung mehr Verschleuderung als Liberalität sei; die Behauptung aber, dass eine obligatio naturalis ad antidora bestehe, müsse als hinfällig erachtet werden, weil eine solche überhaupt nicht die Bedeutung und Wirkung einer Obligation habe.

Böhmer[1]) scheint bei der Unterscheidung von Schenkung im weiteren Sinn und im eigentlichen Sinn das Hauptgewicht neben dem Objekt der Zuwendung auf die Acceptation des Be-

[1]) Introduct. in ius Dig. 39, 5.

schenkten zu legen, indem er jene, die auch das Legat umfasse, als actus liberalis, quo nullo iure cogente in alium quid conferimus liberalitatis exercendae gratia, und diese als tale negotium, quo donum confertur in alterum acceptantem, definirt, und die Schenkung unter Lebenden allgemein als eine solche bezeichnet, qua irrevocabiliter per pactum vel praesentem dationem sine respectu ad casum mortis gratis quid in alterum confertur liberalitatis exercendae gratia. In der näheren Ausführung aber betont er doch nur zwei Momente als wesentlich. Einmal, dass sie liberalitatis exercendae causa geschehe, wozu er bemerkt: während die einmal vorgenommene Schenkung ein vollkommenes Rechtsband bewirke und insofern dem Rechtsgebiet und der Jurisprudenz angehöre, fliesse sie als vorzunehmende aus der moralischen Vorschrift der Tugend und Liebe und erfolge insofern nullo iure cogente; daher weiche es etwas von der eigentlichen Schenkung ab, wenn entweder schon vorher aliqua obligatio ad donandum vorhanden sei, wie bei der donatio remuneratoria, oder wenn der Beschenkte zu einer Leistung verpflichtet werde, wie bei der donatio sub modo, so dass beide nicht immer nach den Regeln der simplex donatio beurtheilt werden könnten. Das zweite wesentliche Moment sieht er darin, dass durch die Schenkung ein perfektes Recht an der geschenkten Sache übertragen werde, woraus folge, dass sie mangels anderweiter Verabredung unwiderruflich sei, dass sie zu den tituli dominii transferendi gehöre und dass sie danach leicht unterschieden werden könne von anderen Geschäften, durch die unentgeltlich der Gebrauch gestattet oder ein sonstiges officium humanitatis geleistet werde, wie Depositum, Tutel, negotiorum gestio, Mandat, welche Geschäfte, obgleich sie beneficia genannt würden, doch nicht Schenkung seien.

Es sind bunte Farben, aus denen sich das aus diesen Anführungen uns entgegentretende Schenkungsbild zusammensetzt. Nach Manchen ist wahre Schenkung nur die Eigenthumsübertragung, und zwar näher diejenige, die als eine sofortige und unwiderrufliche vorgenommen wird, während nach Anderen die Art der Vermögenszuwendung gleichgültig ist, indem durch promissio und remissio ebenso wie durch traditio geschenkt werden kann, und

neben der doni datio auch eine donatio usus steht, und wieder nach Anderen zwar die Schenkung im eigentlichen Sinn auf die unentgeltliche Eigenthumsübertragung beschränkt ist, im weiteren Sinn aber der Schenkungsbegriff alle unentgeltlichen Verträge umfasst und den Gegensatz zu den Tauschverträgen im weiteren Sinn bildet. Nach Manchen ist das Moment, welches die betreffende Vermögenszuwendung als Schenkung charakterisirt, die liberalitas, deren Wesen theils nicht weiter erörtert, theils in verschiedener Weise bestimmt wird, während Andere ausser der Liberalität noch anderweite Momente fordern. Manche sehen das entscheidende Merkmal lediglich in dem Fehlen jedes äusseren Zwangs, in der Freiwilligkeit, und verstehen unter Liberalität eben diese Freiheit der Entschliessung, Andere hingegen verlangen Liberalität und Unentgeltlichkeit, fassen also gleichfalls Liberalität nur als Freiwilligkeit auf, während wieder Andere den Gegensatz zu Liberalität nicht blos in dem Handeln iure cogente, sondern auch in dem Handeln lucri causa sehen und dem ex mera liberalitate das ex causa oder negotii causa entgegensetzen, und Manche mit dem nullo iure cogente sich nicht begnügen, sondern positiv noch reines Wohlwollen des Handelnden fordern. Manche beurtheilen Alles lediglich aus der Person des Zuwendenden, während Andere das Erforderniss der Acceptation in die Definition aufnehmen. Nach Manchen ist die donatio mortis causa eine vera donatio, nach Anderen nicht, und die gleiche Verschiedenheit besteht hinsichtlich der donatio remuneratoria. Nirgends aber, das ist besonders hervorzuheben, ist der Begriff der Schenkung auf das Moment des pauperior und locupletior fieri gestellt, und Noodt speziell betont, dass eine vera donatio auch da vorliege, wo diese Momente fehlten, und dass eben nur das Verbot der Schenkung unter Ehegatten bei ihrem Fehlen nicht platzgreife.

**3.** Dass wir Modernen uns einer grösseren Einigkeit rühmen könnten, lässt sich nicht behaupten. Nur treten in den neueren Darstellungen die Hauptpunkte der Uebereinstimmung und Abweichung schärfer hervor und die Differenzpunkte sind theilweis anderer Art. Auch hier muss die Hervorhebung der Hauptansichten genügen.

Hasse[1]) erklärt für das Wesentliche aller Schenkung das, was der Römer liberalitas nenne und was sich etwa durch Erzeigung einer freien Gunst vertauschen lasse. Darin sei nicht blos der Hauptfall enthalten, dass ich Jemand aus blosser Gunst mein Eigenthum an einer Sache übertrage; es könne schon eine Schenkung, mithin eine Liberalität, darin liegen, dass ich Jemand ohne Miethe in meinem Hause wohnen lasse oder dass ich meinem Schuldner einen späteren Termin setze, indem er früher zu zahlen genöthigt werden konnte. Die Liberalität müsse sich aber in irgend einer Art auf das Vermögen beziehen, ein weiterer Begriff würde zu lax sein und könne wenigstens im Recht keinen Sinn haben. Als die einzelnen Merkmale des Begriffes giebt er folgende an: 1. Eine Aufopferung, indem dem Einen dadurch etwas an Vermögen gewonnen wird, dass der Andere etwas verliert; nicht erforderlich ist, dass der Schenkende das, was er aufgiebt, wirklich schon erworben hat, es ist genug, wenn der Erwerb augenblicklich, sobald man wollte, bevorstand und nun der Andere erwirbt, indem wir ausschlagen; wenn die römischen Juristen die Ausschlagung einer Erbschaft zum Vortheil des Substituten nicht für donatio gelten lassen, so ist das Verengung des Begriffs in einer einzelnen juristischen Relation und der gemeine Sprachgebrauch war damit wohl niemals einverstanden. 2. Es muss ein freies Opfer sein: der Liberalität widerspricht es, wenn man rechtlich zur Aufopferung gezwungen werden kann. 3. Endlich eine freie Gunst, indem die Absicht auf nichts anderes gerichtet sein darf als darauf, sich gegen den Beschenkten gütig zu erweisen: es liegt schon auf der äussersten Grenze, wenn unter einer Resolutivbedingung geschenkt wird, indem es hier leicht das Ereigniss selbst ist, welches beabsichtigt wird; ist unter einer Suspensivbedingung geschenkt, so ist es wenigstens erst rechte Schenkung, wenn die Bedingung erfüllt ist; wo aber eine solche der Liberalität fremde causa zugleich recht eigentlich hervortritt, da ist gar keine Schenkung in keinem Verstande. — Eine freie Gabe sei schon vorhanden, wenn der Herr des Vermögens diesem etwas

[1]) Das Güterrecht der Ehegatten I 385 ff. (1824), Rhein. Museum II 303 ff. (1828).

entzieht und es dadurch dem Vermögen eines Andern zuwendet, sei es, dass er einen möglichen Erwerb oder schon Erworbenes aufgiebt; eine Minderung des Vermögens liegt im letzteren Fall vor; empfindet der Geber die Minderung schon selbst, so ist es eine Aufopferung. Das Wort Schenkung wie donatio umfasse alles dies; hingegen im eigentlichen strengen Sinn beschränke sich das Wort auf den Fall der Liberalität d. h. den Fall der Minderung mit Aufopferung.

Nach Meyerfeld[1]), der, nachdem die monographische Behandlung der Schenkungslehre lange geruht, zuerst wieder, unter Häufung eines ungemein grossen, aber mangelhaft geordneten Materials, den unvollendeten Versuch einer eingehenden Darstellung unternommen hat, ist Schenkung jeder Akt, wodurch man freiwillig, unentgeltlich und mit eigener Aufopferung einem Anderen einen pekuniären Vortheil verschafft, ein dare, das weder solvere noch credere ist, wozu der Geber nicht juristisch verpflichtet ist und wodurch der Empfänger es nicht wird. Hinsichtlich der in dieser Definition enthaltenen Merkmale führt er in § 2—8 folgendes aus. Zum Begriff der Schenkung gehöre zunächst Zuwendung eines Vermögensvortheils, d. h. eine Aufopferung von Seiten des Schenkers, und ein als Vermögensbestandtheil anzusehender Vortheil auf Seiten des Beschenkten, wodurch die Schenkung in Gegensatz stehe einerseits mit bedeutenderen beneficia, wie Manumission, Emanzipation, Loskauf von Gefangenen, andererseits mit blossen Gefälligkeiten durch Gestatten oder Thun, wie blos obligatorische Benutzungsverstattung oder Dienstleistung, für die sich bezahlen zu lassen nicht Sitte ist. Dieses Erforderniss des pekuniären Opfers und Vortheils lasse sich für die meisten Fälle auch als Aermer- und Reicherwerden ausdrücken; jedoch treffe beides nicht immer zusammen: so werde der Beschenkte reicher, nicht aber der Schenker ärmer, wenn dieser eine Erbschaft oder ein Legat zu Gunsten des ersteren ausschlägt, und der Schenker gebe etwas weg, ohne dass Beschenkter reicher wird, wenn ein Platz zum Begräbniss, ein Sklave zur Manumission, ein verbrauchbarer

[1]) Die Lehre von den Schenkungen, 1835, 1837.

Luxusartikel geschenkt wird. Sonach gehöre das Zusammentreffen von Aermer- und Reicherwerden nicht wesentlich zum Begriff der Schenkung. Hingegen sei stets erforderlich eine Aufopferung von Seiten des Schenkers, wenn sie auch nur im Unterlassen eines Erwerbs bestehe, und ein pekuniärer Vortheil auf Seiten des Beschenkten, sollte er auch nur in der Ersparniss eines wenn gleich entbehrlichen Aufwands bestehen. Im Begriff der Aufopferung aber liege, dass der Akt unter Lebenden erfolgen müsse. Eine letztwillige Zuwendung sei, abgesehen von den zwischen ihr und einer Schenkung bestehenden formellen Verschiedenheiten, aus dem materiellen Grund keine Schenkung, weil der Verfügende hier nichts aufopfere und sich selbst entziehe, sondern die Zuwendung auf Kosten dessen geschehe, der das fragliche Objekt sonst erhalten oder behalten würde. Hingegen die mortis causa donatio, die sich von dieser materiellen Seite mehr der ultima voluntas nähere als der donatio inter vivos, würde bei ausschliesslicher Betonung dieser Seite nicht die richtige Stellung erhalten, denn sie sei trotz mancher Verschiedenheiten eben so wie die erst durch Tod des Schenkers konvalescirende Schenkung unter Lebenden eine wahre eigentliche Schenkung, die in Berücksichtigung des formellen Unterschieds zwischen Schenkung und letztwilliger Verfügung unter das Genus donatio falle. — Das zweite für den Begriff der Schenkung wesentliche Merkmal, durch das sie sich von dem credendi, solvendi und permutandi causa erfolgenden Leisten unterscheide, sei das, dass die Vermögenszuwendung unentgeltlich erfolgt, d. h. ohne dass man vorher etwas erhalten hat, zu dessen Vergeltung oder Zurückgabe man damals juristisch verbunden worden wäre, und ohne dass man sich für das jetzt Geleistete sogleich etwas geben oder eine Gegenleistung oder auf gewisse Fälle die Zurückgabe versprechen lässt. Was nicht unentgeltlich gegeben werde, sei nicht geschenkt. Keineswegs sei aber umgekehrt in allem unentgeltlichen Geben eine Schenkung zu finden, denn hier fehle der Schenkungscharakter bisweilen deshalb, weil der Gebende zu einer Leistung angehalten werden könne, ohne dass er etwas dafür erhält oder der Empfänger sich zu einer Gegenleistung verbindlich macht. — Endlich müsse die Zuwendung, wenn sie eine Schenkung sein solle, freiwillig, nulla necessi-

tate cogente, erfolgen, denn die von Leyser (Medit. ad pand., spec. 434) sogenannten donationes necessariae, d. h. Leistungen, zu denen Jemand verpflichtet sei, ohne etwas dafür zu erhalten, könnten vielleicht historisch wohl einmal Schenkungen gewesen sein, seien es aber infolge Wegfalles der Spontaneität nicht mehr. Statt dieses Moments des Fehlens juristischer Nothwendigkeit könne nun auch in vielen Fällen zugleich das Moment der Unentgeltlichkeit dienen, indem, wenn der Grund der Nothwendigkeit einer Leistung darin liege, dass der Geber früher etwas vom Empfänger erhalten hat, die Leistung ebensowenig unentgeltlich sei wie im Fall einer erst noch zu erwerbenden Gegenleistung. Trotzdem sei das Merkmal der Freiwilligkeit nicht zu entbehren, da es Fälle gebe, wo umsonst, aber nicht freiwillig geleistet wird, und hier Schenkung nicht vorliege; auch pflege man da, wo die Nothwendigkeit der Leistung ihren Grund in einem früheren Empfang hat, die spätere Leistung nicht wegen ihrer Beziehung zu der früheren Gegenleistung, sondern wegen ihrer Nothwendigkeit der Schenkung entgegenzusetzen. Wohl aber könne statt der beiden Merkmale sponte und gratis ein einziges dienen: die Negation jeder Beziehung des Schenkens auf eine necessitatis iuris, indem die Schenkung ein Geben schlechthin und ohne weiteren Grund sei, während ein in Beziehung auf eine rechtliche Nothwendigkeit stehendes wissentliches Geben ob causam geschehe. Schenkung sei ein Geben sine causa, eine juristisch isolirte Vermögenszuwendung, zu der der Geber nicht verpflichtet ist und durch die der Empfänger nicht verpflichtet wird: wenn in l. 1 D. 39, 5 die Schenkung als ein dare propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem exerceat definirt werde, so sei eben liberalitas keine causa im juristischen Sinn, sondern blosses Motiv und im Begriff der Schenkung ein tautologisches, also ganz leeres Merkmal. — Auf die Absicht zu schenken, komme es noch besonders da an, wo zwar der Andere einen Gewinn erhält, aber damit noch nicht ausgemacht ist, ob man gerade dieses zum Zweck gehabt oder ob man den Akt, worin theilweise oder mittelbar ein Schenken liegen könnte, nicht vielmehr ohne diese Rücksicht vorgenommen habe (venditio donationis causa u. s. w.); auch entscheide in gewissen Fällen, z. B. wenn dem Bürgen acceptoferit ist, die Ab-

sicht darüber, wem eigentlich geschenkt sein solle. — Hinsichtlich der Acceptation ist Meyerfeld der Ansicht, dass, da der Beschenkte gar nicht obligirt werde, eine Annahme in dem Sinn und zu dem Zweck wie bei onerosen Geschäften nicht nur nicht nöthig, sondern gar nicht denkbar sei, indem es sich bei der reinen Schenkung in dem Annehmen nicht wie dort zugleich um Uebernahme einer Verbindlichkeit, sondern nur um Erlangung eines Vortheils handele. Bei den meisten Schenkungsakten, insbesondere traditio, promissio und remissio, sei allerdings Acceptation erforderlich, aber nicht anders als bei den unter denselben Formen erfolgenden onerosen Geschäften; hingegen für Schenkung überhaupt deshalb, weil sie ein Vertrag sei, Acceptation zu fordern, sei eine petitio principii; es gebe Fälle, wo die Schenkung wegen der Form des Aktes, in welchem dieselbe liegt, einer Acceptation nicht bedürfe, wie im Fall der Befreiung des Schuldners durch Zahlung oder Expromission von Seiten eines Dritten, Ausschlagen des Legats zu Gunsten des Onerirten u. s. w., von welchen Fällen wohl zu unterscheiden seien diejenigen, wo das Ausschlagen einer Schenkung verboten, also die Annahme geboten sei, wie für Dekurionen und Vormünder, sowie diejenigen, wo das Annehmen verboten, also das Ausschlagen geboten sei, wie für Beamte.

Von diesen nicht immer klaren und durch massenhaftes Detail wie zahlreiche Digressionen oft ermüdenden und verwirrenden Ausführungen hebt sich die durchsichtige, die Hauptpunkte scharf hervorhebende Darstellung Savignys[1]) bestechend ab, und unter den Gründen, die seiner Lehre so lange Zeit die Herrschaft gesichert haben, stehen sicherlich die Vorzüge der Form obenan. Denn dass diese Lehre nicht richtig ist, dass es insbesondere nicht angeht, lediglich die negative Seite zu betonen, und noch weniger, den ganzen Begriff nach der vom Verbot der Schenkung unter Ehegatten betroffenen Schenkung zu bestimmen, ist oben des Näheren ausgeführt und begründet worden.

Savigny geht davon aus, dass die Vereinigung von Liberalität auf der einen und unentgeltlichem Erwerb auf der anderen

[1]) System des heut. röm. Rechts I 1 ff. (1841).

Seite ungefähr das bilde, was Bedingung der Anwendung der drei positiven Regeln sei, durch die allein eine genauere Begrenzung des Begriffs und eine Theorie der Schenkung nöthig geworden sei. Aber es müssten noch weitere Momente hinzukommen. Nur ein Rechtsgeschäft d. h. ein positives Handeln sei Schenkung: ein Unterlassen könne blos dann die Natur einer Schenkung annehmen, wenn darin ein verstecktes Handeln enthalten sei und dadurch allein und ausschliessend eine unfehlbare Bereicherung bewirkt werde; und zwar müsse das Rechtsgeschäft ein solches unter Lebenden sein, da der gefährlichste Bestandtheil der Schenkung, dass der Geber sich selbst willkürlich einen Theil seines Vermögens entzieht, bei letztwilligen Verfügungen, deren Formen und Einschränkungen ganz andere Gründe und Zwecke hätten, völlig verschwinde. Das zweite, die Grundlage aller Schenkung bildende Erforderniss sei die Veräusserung, durch die etwas aus dem einen Vermögen ausscheide und in das andere hinübergehe, das dritte die Bereicherung und das letzte die Bereicherungsabsicht. Wegen Fehlens des Erfordernisses der Veräusserung sei keine wahre Schenkung: einmal, wenn durch eine Thätigkeit der Umfang des Vermögens nicht verändert wird, wie im Fall von Mandat, Kommodat, ferner, wenn blos eine mögliche, völlig zufällige und auf unserer reinen Willkür beruhende Vermehrung des Vermögens unterlassen wird, wie im Fall des Ausschlagens einer Erbschaft u. s. w., während in anderen Fällen allerdings auch das noch nicht zum Vermögen Gehörende als Gegenstand wahrer Veräusserung und also auch Schenkung betrachtet werde, wie der Fall der Unterlassung eines Erwerbs aus solchen Vermögenstheilen, die eine produktive Natur an sich tragen und daher gleichsam aus innewohnender Kraft dem Inhaber ohne dessen besonderen Entschluss einen neuen Erwerb bereiten, wie der Miethertrag eines Hauses, der Fruchtertrag eines Grundstückes; in der Mitte zwischen diesen beiden Arten ständen Fälle eines Erwerbs, wie der von Geldzinsen, der nicht so zufällig und willkürlich wie Erbschaft und Legat, aber doch auch nicht so regelmässig wie der Fruchtertrag von Grundstücken sei: hier müsse die aus den Umständen hervorgehende besondere Absicht der Schenkung mit in die Beurtheilung hereingezogen werden (?);

endlich sei es auch keine Veräusserung, wenn der Eine aus seinem Vermögen etwas weggiebt zum Vortheil eines Anderen, dieser aber dadurch ein ausser dem Vermögen liegendes Recht erwirbt, wie im Fall der Manumission eines Sklaven. — Das dritte Element der Schenkung sei, dass der in der Veräusserung liegende Erwerb eines Vermögensrechtes zugleich eine Bereicherung enthalte, d. h. dass als ihr letzter Erfolg das Vermögen des Empfängers in seinem Totalwerth vermehrt wie das des Zuwendenden vermindert werde. Diese Bereicherung fehle; einmal wenn der erlangte Vortheil nur in der Sicherung der Ausübung und Verfolgung bereits vorhandener Vermögensrechte besteht, wie im Fall der Zahlung einer naturalis obligatio, Gewährung des Besitzes, Acceptilation einer durch exceptio entkräfteten Schuld, Uebernahme einer Bürgschaft gegenüber dem Gläubiger, Bestellung oder Erlass eines Pfandrechtes; ferner, wenn der durch den Erwerb an sich mögliche Gewinn aufgehoben ist durch eine entgegenstehende Aufopferung, sei es, dass die Gegenleistung in die Vergangenheit fällt, wie bei Zahlung einer Schuld, sei es, dass sie mit dem Erwerb gleichzeitig ist, wie bei Kauf und Tausch, sei es, dass sie in die Zukunft fällt, indem, wie beim Darlehen, mit dem Erwerb die Verpflichtung zur künftigen Rückgabe entsteht; endlich, wenn die anfänglich vorhandene Bereicherung nachträglich verschwindet durch Untergang des erworbenen Rechtes, indem dann das Geschäft, das zunächst wahre Schenkung gewesen, nach einiger Zeit eine solche zu sein aufhöre, mithin die Folgen der Schenkung, d. h. die anfänglich mögliche Rückforderung einer nach positiven Rechtsregeln ungültig geschenkten Sache, wegfielen. — Als letztes Moment des Schenkungsbegriffs müsse die auf die Bereicherung gerichtete Absicht hinzukommen, die, in der Person des Gebers unerlässlich, in der des Empfängers, wenn auch fast immer vorhanden, doch nicht nothwendig sei. Wegen Fehlens dieser Absicht sei keine Schenkung vorhanden in zwei Fällen: erstens, wo es fehlt entweder am Bewusstsein der Veräusserung, wie im Fall der Usukapion oder Klagverjährung, oder am Bewusstsein der Bereicherung, wie bei irrthümlicher solutio indebiti, bei minoris vendere oder maioris emere in Unkenntniss vom Werth der Sache; zweitens, wenn die wissentliche Bereicherung

auf einer Absicht beruht, der gegenüber die Bereicherung als untergeordnete Folge zurücktritt und nur als untrennbare Folge zugelassen wird, wie beim wissentlichen minoris vendere oder maioris emere aus Noth, oder beim Vergleich, sowie in allen den Fällen, wo die Bereicherung die gelegentliche, aber unfehlbare Folge der Familienverhältnisse sei, wie bei Ueberlassung des Mitgebrauchs von Sachen von Seiten eines Ehegatten an den anderen, bei Gewährung einer Dos von Seiten der Frau an den Mann, bei verschwenderischer Befriedigung der Bedürfnisse der Frau durch den Mann, oder bei der mit Erwerb der Hälfte des Niessbrauchs an den bona adventicia für den Sohn verbundenen Emanzipation; endlich in den Fällen, wo die persönliche Pietät gegen den Bereicherten oder einen Dritten der eigentliche Beweggrund der Handlung sei, dem gegenüber die Bereicherung zurücktrete, wie beim Nichtabzug der Quart aus Pietät gegen den Erblasser oder bei Uebernahme der Erziehung und Pflege eines fremden Kindes aus rein menschlichem Antheil an dem Kind. Erforderlich sei aber eben nur, dass die Bereicherung in der Reihe der Zwecke liege, während nichts darauf ankomme, ob sie aus Wohlwollen erfolge, vielmehr auch durch eigennützige Beweggründe das Wesen der Schenkung nicht aufgehoben werde. — In Bezug auf die Frage, ob die Schenkung als Vertrag zu betrachten ist, meint Savigny, dass in den meisten und wichtigsten Fällen dieser Charakter in ihr unverkennbar sei, dass es aber doch auch Fälle gebe, in denen des Empfängers Bewusstsein der Bereicherung und dessen Einwilligung in dieselbe nicht gefordert werde, sonach in den Fällen, wo die Schenkung als Vertrag erscheint, diese Eigenschaft nicht in ihrem Wesen als Schenkung, sondern in der besonderen Natur der sie bewirkenden Rechtsgeschäfte begründet sei.

Nach Schilling[1]), der Meyerfelds wie Savignys Ausführungen bekämpft, ist donatio im weiteren Sinn jede Handlung, wodurch man aus Liberalität einem Anderen irgend einen Vermögensvortheil zuwendet, im engeren Sinn aber ein Vertrag, wodurch man aus Liberalität einem Anderen ein Vermögensrecht

[1]) Lehrb. der Instit. III 741 ff.

veräussert. Die beiden Definitionen von Meyerfeld, der Schenkung im weiteren und engeren Sinn nicht unterscheidet, erklärt Schilling für unrichtig. Gegen die erste (freiwillige, unentgeltliche, mit eigener Aufopferung verbundene Verschaffung eines pekuniären Vortheils) sei einzuwenden, dass der Ausdruck »freiwillig« nicht bezeichnend genug sei für das der Schenkung eigenthümliche Moment der freien Gunst, dass ferner das Merkmal »unentgeltlich« nicht passe auf donationes sub modo, wo die Auflage in einer geldwerthen Gegenleistung besteht, und dass endlich die Bestimmung »mit eigener Aufopferung« weder auf die Schenkung einer fremden Sache noch auf die mortis causa donatio Anwendung leide. Die zweite Definition aber (Leistung, wozu der Geber nicht juristisch verbunden ist und wodurch der Empfänger es nicht wird) sei in ihrem ersten Theil zu weit, indem dies auch solche freie Gunsterweisungen umfasse, deren Gegenstand ausser dem Vermögen liegt, und in ihrem zweiten Theil zu eng, indem dadurch solche Schenkungen ausgeschlossen seien, bei welchen der Empfänger zur Erfüllung eines ihm aufgelegten Modus verpflichtet wird. Auch Savignys Begriffsbestimmung sei theils zu weit, theils zu eng: zu weit, weil sie von dem Moment des Rechtsgeschäfts statt von dem des Vertrags ausgehe, und danach eine Reihe von aus Liberalität vorgenommenen Geschäften, wie z. B. Verbürgung, zur donatio im engeren Sinn zu rechnen sein würden; zu eng, weil sie das Moment der Bereicherung im Sinn der Vermehrung des Totalwerthes des Vermögens enthalte, danach aber die unentgeltliche Zuwendung von verbrauchbaren Luxusgegenständen oder einer Geldsumme zum Zweck einer Vergnügungsreise den Schenkungsregeln nicht unterliegen würde, während doch nach den Quellen feststehe, dass Schenkungen, durch welche der Beschenkte in der von Savigny geforderten Weise reicher werde, nur als eine besondere, nicht aber als die einzig mögliche Art der Schenkung zu betrachten seien. Gegen das Ausgehen von den einschränkenden Rechtsregeln spreche aber einmal, dass danach die von Savigny selbst für eine wahre Schenkung erklärte mortis causa donatio keine Schenkung sein würde, da sie der Insinuation nicht bedürfe, unter Ehegatten nicht verboten und der Widerruf allgemein zulässig sei, und weiter, dass einzelne jener Einschränk-

ungen, die übrigens gar nicht die einzigen seien, einerseits auch vorkämen bei Handlungen, die nicht Schenkung im engeren Sinn seien, wie z. B. das Verbot der Schenkung unter Ehegatten auch im Fall absichtlich schlechter Prozessführung oder Zahlung von Schulden platzgreife, andererseits nicht anwendbar seien auf manche Fälle wahrer Schenkung, wie z. B. das Verbot unter Ehegatten auf Schenkungen divortii causa. — Schilling selbst erklärt für das wesentliche Merkmal der Schenkung im weiteren wie im engeren Sinn die liberalitas, die Absicht aus freier Gunst einem Anderen einen Vermögensvortheil zuzuwenden: daher sei Schenkung nicht vorhanden im Fall einer Vermögenszuwendung, zu der der Zuwendende rechtlich verpflichtet ist, wogegen das Dasein einer zu der Zuwendung bestimmenden Liebes- oder Gewissenspflicht in der Regel gleichgültig sei. Ausserdem sei nothwendig das die Schenkung von negotium und obligatio unterscheidende Moment, dass der Beschenkte den Vermögensvortheil ohne eine Gegenleistung erlangt und nicht sofort einem Anderen herausgeben muss, während weder erfordert werde ein bleibender Vortheil in dem Sinn, dass ein blos vorübergehender ausgeschlossen sei, noch eine wirkliche Bereicherung in dem Sinn, dass das Vermögen in seinem Totalwerth vermehrt werde, und noch weniger in dem, dass durch späteren Wegfall der Bereicherung die Schenkung aufhöre. Wenn nun die Schenkung im engeren Sinn durch das Merkmal des Vertrags und der Veräusserung von der Schenkung im weiteren Sinn als der Zuwendung eines Vermögensvortheils aus freier Gunst sich unterscheide, so umfasse letztere drei vom Begriff der ersteren auszuschliessende Gruppen von Fällen: einmal Geschäfte, die zwar mit der donatio zusammentreffen durch das Merkmal der Vermögenszuwendung aus Liberalität und daher als Arten der Schenkung bezeichnet werden, die aber einen besonderen Rechtsbegriff bilden, eignen Namen und besondere Grundsätze haben und darum nur uneigentlich donatio genannt werden, wie Legat, Kommodat, Precarium, unverzinsliches Darlehen; sodann Gunsterweisungen, die nicht eine wirkliche Veräusserung enthalten, wie ausser den eben genannten Fällen das Ausschlagen eines angefallenen Vermögensrechts, Schenkung des blossen Besitzes, Erlass künftig fällig werdender Zinsen, Schenkung künftiger

Früchte, Leistung gewerblicher Arbeiten, mortis causa donatio; endlich Liberalitätsakte, die entweder überhaupt nicht Vertrag oder doch nicht Vertrag mit dem Beschenkten sind, wie einerseits wissentliche Zahlung einer Nichtschuld, absichtlich schlechte Prozessführung, oder Zahlung einer fremden Schuld an den Gläubiger, Verwenden von Kosten auf fremde Sachen, absichtlicher Verlust eines Rechts durch Verjährung oder sonstige Versäumniss, und andererseits Expromission eines fremden Schuldners, Verbürgung animo donandi, Bestellung einer Dos, Schenkung an fremde Sklaven oder Hauskinder.

Von den Begriffsbestimmungen in neueren kompendiarischen Darstellungen, von denen die meisten mehr oder weniger unter dem Einfluss der Savignyschen Ausführungen stehen, auch wenn sie dieselben in einzelnen Punkten bekämpfen, mag es genügen, die folgenden in Kürze hervorzuheben.

Böcking[1]) unterscheidet: Schenkung im weitesten Sinn, als jedes wohlthätige Rechtsgeschäft oder jede vermögensrechtliche Liberalität (Gegensatz negotium contractum; nur in diesem weitesten Sinn ist Legat, Kommodat u. s. w. Schenkung) — Schenkung im engeren Sinn, als das Rechtsgeschäft, wodurch Jemand freiwillig ein Vermögensrecht aufgiebt und das Vermögen des Empfängers vergrössert (zu dieser gehört die mortis causa donatio, die remuneratorische Schenkung, die donatio sub modo und sub condicione) — Schenkung im eigentlichen Sinn, als das gegenseitige Rechtsgeschäft unter Lebenden, wodurch der Geber freiwillig aus seinem Vermögen etwas aufgiebt zu dem Zweck und mit dem Erfolg sofort eintretender, bleibender und reiner Vermögensvergrösserung des Empfängers (Vertrag, pauperior fieri im Sinn des erogare de bonis, locupletior fieri, unbedingt) — und Schenkung im engsten und eigentlichsten Sinn, als Eigenthumsübertragung aus Liberalität, im Unterschied von den Schenkungsgeschäften, wodurch unentgeltlich ein Forderungsrecht in das Vermögen des Beschenkten gebracht oder dasselbe von einer Schuld befreit oder ihm ein dingliches Recht zugewendet wird.

[1]) Pand. des röm. Privatrechts I S. 365 ff.

Nach Wächter[1]), der gegen Savigny einwendet, dass er durch Konstruirung des Begriffs aus dem, was von Schenkungen unter Ehegatten gilt, zu einem weit über die Grenzen der eigentlichen Schenkung hinausgehenden (?) Begriff komme, ist Schenkung im weiteren Sinn, in welchem sie nur den allgemeinen Charakter der Liberalität bezeichne, jede Handlung, vermöge deren man Jemand, ohne dazu verbunden zu sein, also aus freier Gunst, und ohne eine eigentliche Gegenleistung dafür zu bekommen, irgend einen Vermögensvortheil zuwendet, Schenkung im engeren Sinn aber, für die allein besondere Grundsätze gelten, ein Vertrag, vermöge dessen man aus freier Gunst und ohne eine eigentliche Gegenleistung zu empfangen (animo donandi) einen Vermögensgegenstand an einen anderen ihn als solche freie Gabe Annehmenden veräussert, so dass dadurch das eigene Vermögen verringert und das des Empfängers unmittelbar bereichert wird.

Windscheid[2]) erklärt Schenkung im weiteren Sinn für diejenige das Vermögen des Empfängers vermehrende nicht testamentarische Zuwendung, deren Bestimmungsgrund die Absicht ist, das Vermögen des Empfängers zu vermehren (Bereicherung um der Bereicherung willen) und die vom Empfänger als eine in dieser Absicht gemachte angenommen wird, während ihm Schenkung im engeren Sinn nur diejenige Zuwendung der bezeichneten Art ist, durch welche zugleich das Vermögen des Zuwendenden in entsprechender Weise vermindert wird.

Unger[3]) bezeichnet als allgemeine Voraussetzung der Schenkung, dass sie eine Liberalität bezüglich eine vermögensrechtliche Liberalität sei, während die Merkmale der Schenkung im engeren eigentlichen Sinn seien: ein Liberatitätsakt, d. h. dass die Zuwendung in uneigennütziger Gesinnung, also freiwillig und unentgeltlich geschehe, ferner pauperior fieri im Sinn der Minderung des erworbenen Vermögens, locupletior fieri als reine Vermehrung des Vermögens des Empfängers (Erwerb ex lucrativa causa), animus donandi als Absicht den Empfänger aus freier

---

[1]) Pand. II 432 f.

[2]) Lehrbuch des Pandektenrechts II § 365.

[3]) System des österr. Privatrechts II 189.

Gunst zu bereichern, und endlich Uebereinstimmung des Empfängers, also Annahme der Gabe in gleicher Absicht.

Förster[1]) fordert als äussere Merkmale der Schenkung Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit der Vermögenszuwendung, sowie Minderung des Vermögens des Zuwendenden als Zuwendung an Beschenkten und Vermehrung des Vermögens des letzteren als definitive Bereicherung, während die inneren Momente in der Willensrichtung beider Theile gelegen seien: animus donandi d. h. Zuwendung nicht im eigenen Interesse, sondern lediglich um des Vortheiles des Empfängers willen, so dass der Zuwendende dies weiss und will, und Acceptation des Empfängers in der Weise, dass derselbe Kenntniss von der Zuwendung hat und den Werth seinem Vermögen einverleiben will.

Nach Brinz[2]) ist infolge der Massregelung alles dessen, was Schenkung ist, der Schenkungsbegriff eingeengt: die Vermögenszuwendung müsse nicht nur den Empfänger reicher machen (wovon aber das Erforderniss des locupletiorem esse zur Begründung des Widerrufs allenthalben zu unterscheiden sei), sondern auch den Geber ärmer, wiewohl der Volksmund auch da, wo beides nicht zusammentrifft, noch von Schenkung spreche. Wo ich nicht nur nichts bekomme, sondern auch nichts erspare, könne an Schenkung nicht gedacht werden; wo ich zwar nichts bekomme, mir aber etwas erspart wird, möge man an Schenkung denken, aber nur an Schenkung weiteren Sinnes; erst wo mir, nebstdem dass ich bekomme (habitationem), erspart wird (pensio), sei donatio engeren Sinnes da: wenn auch unter Ehegatten die Einräumung gewisser Nutzungen noch als Lebensgemeinschaft erscheine und darum Schenkung engeren Sinnes nicht vorhanden sei, so sei sie doch unter Anderen bereits datio und, wenn unentgeltlich, donatio. — Für Schenkung im weiteren wie im engeren Sinn sei aber wesentlich causa und animus donandi. Die causa donandi sei Abwesenheit jeglichen Vergeltungszwanges für Geber (causa solvendi) wie Empfänger (causa credendi); in dieser Negation beruhe auch

---

[1]) Theorie und Prax. d. heut. gemeinen preuss. Privatrechts II § 122.
[2]) Lehrbuch der Pand. 1. Aufl. § 350, 2. Aufl. IV § 560.

der animus donandi, der, was auch seine sonstigen Motive und ferneren Absichten sein mögen, stets eine liberalitas sei, der Geist freien von keinem Müssen bedrängten und durch kein Empfangen bedingten Gebens; darin stecke, möge man schenken durch Entäusserung dessen, was man hat, oder blos im weiteren Sinn unter Preisgeben eines möglichen Gewinnes, ein Zug der Aufopferung, wodurch Vergabungen mortis causa sich vom Begriff der Schenkung ausschieden, während der Zug der Aufopferung nicht ausgeschlossen sei durch die blosse Thatsache, dass man durch die Schenkung etwas vergilt oder dass man durch sie das Anrecht auf einige Vergeltung erwirbt; jedoch genüge der einseitige animus donandi nicht, vielmehr müsse die von Seiten des Gebers als Schenkung gemachte Zuwendung, auch wo die Zuwendung selbst ohne Acceptation möglich ist, vom Empfänger als Schenkung angenommen werden, widrigenfalls er sie sine causa habe.

Dernburg[1]) wendet sich gegen die Auffassung von Savigny, dass Schenkung im engeren Sinn das Rechtsgeschäft sei, auf das sich die besonderen gesetzlichen Beschränkungen der Schenkung beziehen. Ihm ist Schenkung im weiteren Sinn Liberalität d. h. freigebige Gewährung geldwerther Vortheile, während zum Begriffe der Schenkung im engeren Sinn als freigebiger Vermögenszuwendung durch Vertrag gehöre: Zuwendung zu Gunsten des Beschenkten auf Kosten des Vermögens des Schenkers (nur beim Verbot der Schenkungen unter Ehegatten lege das römische Recht einen engeren Begriff zu Grund: pauperior und locupletior fieri), animus donandi d. h. die auf positivem Entschluss beruhende Absicht der Bezeigung einer Freigebigkeit, die nicht mit der herrschenden Meinung zu identifiziren sei mit der Absicht der Bereicherung des anderen Theiles, und Vertrag zwischen dem Schenker und dem Beschenkten, indem zwar eine Zuwendung auch ohne Zustimmung des Begünstigten sich vollziehen könne, eine Schenkung aber hieraus nur dann erwachse, wenn dieser die Gunst annehme.

---

[1]) Pand. 4. Aufl. II § 106.

Nach Bekker[1]) sind Schenkungen nur Zuwendungen, auszuführen durch alle Arten der Zuwendung (Uebertragung eines Rechts aus einem Vermögen in das andere durch Rechtsgeschäft d. h. durch Geben und Nehmen — beabsichtigte, aber nicht durch Rechtsgeschäft bewirkte Uebertragung eines Rechts z. B. satio — Handlungen, wodurch geldwerthe Vortheile verschafft werden z. B. Ertheilung von Unterricht), aber nur unentgeltliche und vom Zuwendenden beabsichtigte Zuwendungen. Diese beabsichtigten unentgeltlichen Zuwendungen seien Liberalitäten, Schenkungen im weiteren Sinn, was etwa bei den Römern als nullo iure cogente concedere bezeichnet werde. Bisweilen aber sei nöthig, dass die Zuwendung durch Rechtsgeschäft (Geben und Nehmen) erfolge, und dass die Unentgeltlichkeit vom Empfänger gewollt sei: dies sei der engere Begriff der Schenkung, der aber kein einheitlicher sei. Im Näheren sei demnach erforderlich: 1) Zuwendung d. h. Mehrung und Minderung des Vermögens, 2) Unentgeltlichkeit, die ausgeschlossen werde durch Verpflichtung wie durch Gegenerwerb des Zuwendenden: dabei genüge irgend welche Verpflichtung, so dass z. B. auch das pietate cogente Zuwenden, Gabe an die Geschwängerte wegen der Schwängerung, keine Schenkung sei, und irgend welcher Gegenerwerb, einerlei ob die Gegenleistung von Geldwerth für Geber und Nehmer sei oder nicht, z. B. Namensführung, und einerlei, ob sie vom Empfänger selbst erfolge (welchen Falls sie zugleich dessen Bereicherung mindere) oder nicht; 3) animus donandi, der normaler Weise in der Absicht der uneigennützigen Bethätigung des Wohlwollens bestehe, eine Absicht, die gänzlich fehle, wenn entweder gar keine Zuwendung oder doch nicht Unentgeltlichkeit beabsichtig sei, und die trotz Absicht unentgeltlicher Zuwendung doch so weit zurücktreten könne, dass die Zuwendung nicht als Schenkung behandelt werde (obgleich die Gläubiger wohl einige dieser Nichtschenkungen als unentgeltliche Verfügungen anfechten könnten); 4) der animus donum accipiendi, auf welche unerquickliche Kontroverse nur mit der Bemerkung eingegangen wird, dass man zweifellos einen

---

[1]) System des heut. Pandektenrechts II § 102.

Anderen ohne seinen Willen bereichern könne und dann im Fall des animus donandi keinen Anspruch habe (so dass die entsprechende Rückzuwendung von Seiten des Bereicherten solutio indebiti oder Schenkung sei), dass aber ganz unabhängig davon die Frage sei, ob solche Zuwendungen unter die Singularitäten des Schenkungsrechts fielen, wenn der Empfänger nachträglich Zustimmung und Nichtzustimmung erkläre.

Nach Hölder[1]) ist Liberalität eine den Vortheil des Anderen bezweckende unentgeltliche d. h. ihm schlechthin ohne Gegenleistung zu gut kommende Verfügung, und Liberalität Schenkung im Fall eines vom Schenker auf eigene Kosten dem Beschenkten mit seiner Zustimmung zugewendeten Vermögensvortheils. Auf Seiten des Schenkers fordert die Schenkung die Vollziehung oder Uebernahme einer von ihm nicht geschuldeten Vermögensminderung, auf Seiten des Beschenkten unmittelbare oder mittelbare Vermögensvermehrung; diese Bereicherung des Beschenkten auf Kosten des Schenkers muss eine von beiden Theilen und nicht um eines anderen Inhalts willen gewollte sein: um eines anderen Inhalts willen ist aber jener Erfolg gewollt, einmal wenn durch die fremde Bereicherung ein eigener Vortheil erkauft wird, und dann, wenn der Inhalt der Verfügung als einer unentgeltlichen die Bereicherung des Bedachten in sich schliesst, ohne doch in ihr aufzugehen. Das, was den Rechtsakt zur Schenkung macht, ist der Zweck, aber nicht als ein dem Inhalt des Akts fremder, sondern als ein durch seinen Inhalt gegebener Bestimmungsgrund. Jede Vermehrung fremden Vermögens ist Schenkung, nicht erst dann, wenn etwas zu ihr hinzutritt, sondern sobald sie nicht um eines anderen Inhalts willen erfolgt, dessen Statuirung mit ihr verbunden oder dessen Geltung durch sie bedingt ist, und daher ist keine Schenkung die Zuwendung solvendi causa und die Zuwendung condicionis implendae oder modi implendi causa.

Nach Regelsberger[2]) beziehen sich die praktischen Schenkungsvorschriften nur auf Freigebigkeitsakte (Schenkung im weiteren Sinn) besonderer Art, die sich durch folgende Merkmale

---

[1]) Pandekten § 55.

[2]) Pandekten I § 168.

kennzeichnen: unentgeltliche Vermögenszuwendung, die erfolgt, ohne dass dafür eine Verpflichtung besteht, und durch die das Vermögen des Zuwendenden gemindert wird (während das Erforderniss der Vermehrung des Vermögens des Begünstigten nur Geltung hat für das Schenkungsverbot unter Ehegatten), Absicht gegen den Empfänger eine Freigebigkeit zu bethätigen, und Annahme der Freigebigkeit von Seiten des Bedachten in Kenntniss von der Absicht des Gebers.

Endlich mag noch die als Kritik des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich gegebene Auffassung von Reatz[1]) erwähnt werden, dem es sich nicht um eine wissenschaftliche Darstellung des geltenden Rechts handelt, sondern nur um ein Zeugniss der Rechtsanschauung des Volks über das Institut der Schenkung und um ein Urtheil, wie den materiellen und idealen Bedürfnissen des Lebens am besten zu entsprechen sei. Schenkung ist ihm eine Unterart der Liberalität, Liberalitäten aber seien Gefälligkeiten, d. h. freiwillige uneigennützige Leistungen, die für den Leistenden mit irgend einem Opfer verbunden irgend ein denkbares Interesse des Empfängers fördern: wer das, was einem Anderen gefällt, thut, um es zu thun, der handele in der Absicht, ihm eine Gefälligkeit zu erweisen, möge es sich dabei um Förderung eines realen oder idealen, eines seelischen oder leiblichen Interesses handeln, und möge der Beweggrund zu diesem absichtlichen Thun sein, welcher er wolle. Von diesen Gefälligkeiten ständen manche ausserhalb jeder Verbindung mit privatrechtlichen Beziehungen, während andere, wie z. B. Kommodat, sich zwar auf dem Gebiet des Privatrechts bewegten, aber doch, auch wenn es sich dabei um grosse Opfer handele, nach Anschauung des Lebens immer noch Gefälligkeitsgeschäfte, nicht Schenkungsgeschäfte seien. Die Schenkung aber, die dritte Kategorie der Gefälligkeiten, sei zunächst ein Rechtsinstitut mit gleichsam zwei Seelen: einmal sei sie ein juristisches Geschöpf wie jedes andere zur Regelung des Güterverkehrs bestimmte Rechtsgeschäft, indem dadurch wie durch Austauschgeschäfte

[1]) Gutachten aus dem Anwaltsstand über den Entw. e. B. G. B. Heft 3 S. 163 ff.

Werthgegenstände aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen gebracht würden; sodann habe sie aber auch einen moralischen, ethischen Charakter, der darin liege, dass der Schenker unter Beeinträchtigung seiner eigenen Interessen die des Beschenkten fördern wolle und daher moralischen Anspruch auf Dank erwerbe. Diese beiden der Schenkung inne wohnenden Kräfte hätten das Bedürfniss nach Ausdehnung und geriethen dabei in Konflikt: bei der nur der Gesetzgebung möglichen Abgrenzung des jeder einzelnen zukommenden Gebiets müsse die richtige Mitte eingehalten werden, indem man weder durch gänzliche Ausschliessung der Anfechtung eines rechtmässig entstandenen Zustands dem moralischen Element jede Rechtswirkung versagen, noch dem Gesetz der Moral einen höheren Werth als dem des Rechtes beilegen dürfe. Eine weitere beachtenswerthe Seite der Schenkung sei die volkswirthschaftliche, indem es sich dabei häufig um eine nachtheilige Ausbeutung des geschäftlich Schwachen durch den geschäftlich Stärkeren handele, und durch Schenkung eines erheblichen Theiles des Vermögens eine Nothlage für den Schenker und dessen Familie herbeigeführt und dadurch das öffentliche Interesse verletzt werde: daher sei Beschränkung der Schenkungsfreiheit gerechtfertigt, zumal müheloser Erwerb grossen Reiz habe und wieder die Annahme von Schenkungen Gefahren in sich berge. In Bezug auf die einzelnen Momente des Schenkungsbegriffs — Vermögensminderung, Bereicherung, animus donandi — tritt Reatz in Opposition zur herrschenden Meinung. Die Annahme, dass nur bei Minderung des positiven Vermögens Schenkung vorliege, widerspreche wie unserer heutigen Rechtsanschauung, so dem Wesen der Schenkung: dieses bestehe in Förderung der Interessen des Beschenkten unter Beeinträchtigung der eigenen Vermögensinteressen; das liege aber auch da vor, wo man einen möglichen Erwerb ausschlägt, da es bezüglich der Opferwilligkeit keinen Unterschied mache, ob man eine Sache weggiebt, die man schon in Händen hat, oder eine solche, auf die man nur die Hand zu legen braucht, um sie zu haben; und ebenso könne, je nach den Vermögensumständen und der Absicht des Verzichtenden in dem Verzicht auf eine pfandrechtliche Sicherheit eine Schenkung liegen, während

in Fällen des Kommodats und Depositums je nach Verschiedenheit der Umstände bald eine Vermögensbenachtheiligung zu erblicken sei, bald nicht. Nicht minder stehe die gewöhnliche Ansicht, dass die Schenkung eine Vermögensbereicherung erfordere, in Widerspruch wie mit dem römischen Recht, so mit dem heutigen Rechtsbewusstsein: nicht blos die Zuwendung jedes wirthschaftlichen Gutes, d. h. alles dessen, was unsere wirthschaftlichen Bedürfnisse und Interessen, materielle wie immaterielle, befriedigen und Quelle wirthschaftlicher Mittel sein kann (libertas, civitas, emancipatio), sondern auch Zuwendung idealer Guter (Aufrechterhaltung der Ehre durch Einlösung gefälschter Wechsel, Erziehung und Ausbildung), sei nach der Rechtsanschauung unseres Volkes Schenkung und den Schenkungsgrundsätzen unterworfen. Speziell zu den Vermögensgütern gehöre auch die Sicherung einer Forderung gegen Insolvenz durch Bürgschaft und Pfandbestellung: es könne das, abgesehen von der Pfandbestellung durch den Schuldner, Schenkung sein; ja in diesem Fall müsse der Schenkungscharakter sogar vom Standpunkt derjenigen, welche die Bereicherung als Erforderniss der Schenkung ansehen, anerkannt werden, da die Forderung gegen einen ganz insolventen Schuldner nicht mehr als Vermögensbestandtheil gerechnet werden könne: der Totalwerth des Vermögens des Gläubigers sei hier um diesen Betrag gemindert, und mithin liege, wie in der Zahlung von Seiten eines Dritten animo donandi, so in der in dieser Absicht vorgenommenen Verbürgung und Pfandbestellung eine Bereicherung für ihn. Endlich sei die herrschende Ansicht über den animus donandi nicht richtig. Nach ihr sei zwar nicht die Absicht der unentgeltlichen Zuwendung, wohl aber die der Bereicherung des Beschenkten genügend, und diese Bereicherungsabsicht werde nur in gewissen Fällen durch eine andere Absicht ausgeschlossen oder in den Hintergrund gedrängt; in Wahrheit aber liege in diesen Fällen wirkliche Bereicherungsabsicht vor, mithin könne, wenn trotzdem keine Schenkung angenommen wird, diese Absicht nicht das charakteristische Merkmal der Schenkung sein. Diejenige Absicht, welche die freiwillige unentgeltliche Zuwendung zur Schenkung mache, sei vielmehr die Absicht, mittels derselben dem Beschenkten einen Ge-

fallen zu erweisen: die Bereicherungsabsicht könne vorhanden sein und doch sei dies nicht Schenkungsabsicht, wenn die Zuwendung im eigenen Interesse des Zuwendenden geschehe; und umgekehrt gebe es zahlreiche Schenkungsfälle, wie z. B. Geburtstagsgeschenke, Schenkungen an Museen, zu kirchlichen und nationalen Zwecken, Unterstützung Bedürftiger, wo die Absicht der Bereicherung thatsächlich nicht vorhanden sei oder doch nicht in die äussere Erscheinung trete und jedenfalls nicht Vertragsbestandtheil werde. Hinsichtlich der Frage nach der Vertragsnatur der Schenkung hält Reatz gegenseitige Erklärung des übereinstimmenden Willens über die zum Wesen der Schenkung gehörenden Theile für nothwendig, so dass trotz vollendeter Zuwendung des geschenkten Gutes mit den ihr eigenthümlichen rechtlichen Folgen die Schenkung erst mit der Annahme des Schenkungsangebotes perfekt werde, nur dass hier, anders als im gewöhnlichen Verkehrsleben, nicht die Verpflichtung zu sofortiger Annahmeerklärung bestehe, da die Gesinnung des Schenkers keine vorübergehende und eine reifliche Ueberlegung des Beschenkten nothwendig sei.

Das Bild, welches uns aus diesen Darstellungen Moderner entgegentritt, ist ein anderes als das, welches uns die Aelteren bieten, aber ein einheitliches ist es auch nicht. Auffallend ist insbesondere, dass hier vielfach ein Moment als für den Begriff wesentlich in den Vordergrund tritt, von dem bei den Aelteren gar nicht die Rede ist: das Erforderniss des pauperior und locupletior fieri. Ist es nun auch zweifellos, dass in den meisten Fällen eine Minderung des bereits erworbenen Vermögens des Schenkers und eine Vermehrung des Vermögens des Beschenkten um den Werth des geschenkten Objektes eine Folge der Schenkung ist, indem die freiwillig und unentgeltlich erfolgende Uebertragung eines geldwerthen Objektes aus dem einen Vermögen in das andere diese Wirkung mit sich bringt, so ist es doch nicht korrekt, den Begriff der Schenkung darauf zu stellen. Man darf nicht sagen: die Grundlage der Schenkung ist die Minderung und Mehrung des Vermögens und diese Grundlage wird ausgeschlossen dadurch, dass der durch den Erwerb an sich mögliche Gewinn aufgehoben

ist durch eine entgegenstehende Aufopferung, wonach die Unentgeltlichkeit nur als condicio sine qua non für die Minderung und Bereicherung erscheint; vielmehr liegt der Schwerpunkt in dem Moment der Unentgeltlichkeit der Vermögenszuwendung und diese hat regelmässig die Minderung und Bereicherung zur Folge[1]. Wie den Aelteren so ist auch den Quellen die Hervorhebung dieses Moments als eines den Begriff bestimmenden gänzlich fremd. Ausschliesslich das gratis und nullo iure cogente concedere, die liberalitas wird betont, und nur hinsichtlich des Verbotes unter Ehegatten wird, und zwar als eine durch die ratio dieses Verbotes bedingte Milderung desselben, das pauperior und locupletior fieri im Sinn positiver Minderung und bleibender Mehrung des Vermögens gefordert. Als propria donatio bezeichnet die Juliansche Definition in l. 1 D. 39, 5 den Fall, wenn aliquis dat ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat, und als non propria donatio, die aber doch auch donatio ist, den Fall, wo nicht die mens liberalitatis et munificentiae exercendae, wohl aber die des sofortigen oder des definitiven Vermögensüberganges fehlt: die mens liberalitatis exercendae ist das den complures donationes gemeinsame und sie von allen anderen Vermögenszuwendungen unterscheidende Moment; von einem Verstellen des Begriffs auf das pauperior und locupletior fieri und einer Unterscheidung der propria und non propria donatio durch dieses Moment ist nicht die Rede, obgleich die l. 1 aus dem 17. Buch der Digesten Julians, der in dieser Lehre Autorität war (vgl. l. 21 § 1 D. 24, 1: et Julianus hoc diceret), entnommen ist, in welchem er die Schenkung unter Ehegatten behandelt.

# III.

**1.** Die durch die Anführung der verschiedenen Ansichten über den Begriff der Schenkung erwiesene Schwierigkeit, zu

---

[1]) Vgl. unten S. 127.

einem einheitlichen Schenkungsbegriff zu gelangen, wird unüberwindlich sein, so lange man nicht den Gedanken aufgiebt, dass die Rechtsordnung von einem vom Begriff des Lebens abweichenden engeren Schenkungsbegriff ausgehe, den sie gleichmässig bei allen auf die Schenkung bezüglichen Bestimmungen zu Grund lege. Aus den früheren Ausführungen hat sich ergeben, dass der Begriff des Rechts an sich kein anderer ist als der des Lebens, und dass, was diesem Schenkung ist, es an sich und im Zweifel auch für das Recht ist. Nur dass nicht Alles, was danach Schenkung ist, gleichmässig als Thatbestand für alle Schenkungsfolgen in Betracht kommt. Es können, damit ein bestimmter Schenkungssatz platzgreift, andere als begriffliche Momente gefordert sein, und wenn dann die Rechtsordnung von einem diese weiteren Momente nicht aufweisenden Thatbestand sagt, es sei das keine Schenkung, so ist damit nicht die Existenz einer Schenkung schlechthin geleugnet, sondern nur die einer solchen Schenkung, wie sie dieser bestimmte Rechtssatz im Auge hat. Dass darum, weil für die Anwendbarkeit eines einzelnen Schenkungssatzes noch weitere Voraussetzungen als die im Begriff der Schenkung gelegenen aufgestellt sind, nicht eine allgemeine für alle Schenkungssätze gleichmässig geltende Einschränkung des Schenkungsbegriffs angenommen werden darf, kann gegenüber der Autorität Savignys und den immer wiederholten Versuchen, Schenkung im weiteren und im engeren Sinn scharf zu scheiden, nicht oft genug hervorgehoben werden. Immer wieder müssen wir den Satz in den Vordergrund stellen, dass es keinen einheitlichen Thatbestand für alle Schenkungsfolgen giebt, sondern dem einen Schenkungssatz Schenkung nicht nothwendig dasselbe ist wie dem anderen, dass höchstens eine Reihe von Schenkungssätzen einen gemeinsamen Thatbestand haben, für andere aber das für jene Erforderliche nicht erforderlich und das für jene Genügende nicht genügend ist.

Da die Römer nur in Bezug auf den einzelnen Schenkungssatz untersuchen, ob ein gewisser Thatbestand als Voraussetzung für seine Anwendbarkeit genüge, so kann aus der Bejahung oder Verneinung dieser Frage nicht entnommen werden, dass für alle übrigen Schenkungssätze die Antwort gleich laute. Fällt Zins-

erlass nicht unter das Verbot der Lex Cincia, so ist Zinserlass nicht Thatbestand für diesen Schenkungssatz und insofern für ihn Nichtschenkung, aber darum ist Zinserlass nicht schlechthin Nichtschenkung, weder nach der Anschauung des Lebens, noch allgemein nach Auffassung der Rechtsordnung, denn das Verbot der Schenkung unter Ehegatten findet darauf Anwendung und mithin ist Zinserlass im Sinn dieses Verbots Schenkung. Will das Verbot der Schenkung unter Ehegatten nur die Minderung des bereits erworbenen Vermögens hindern, und fällt deshalb das Ausschlagen einer Erbschaft zu Gunsten des Ehegatten nicht unter den Thatbestand dieses Verbots, und will dasselbe nur die dauernde Vermehrung des Vermögens des Empfängers verhüten, und wird deshalb die Schenkung von unguenta, die Schenkung dignitatis causa von dem Verbot nicht betroffen, so ist damit nicht gesagt, dass das Verbot der Schenkung für das Hauskind, für den Vormund sich blos auf diejenigen Zuwendungen beziehe, die Minderung des positiven Vermögens und dauernde Vermögensvermehrung im Gefolge haben; und greift das Verbot der Schenkung unter Ehegatten infolge der beschränkenden Auslegung des locupletior fieri sogar da nicht platz, wo der Ehegatte dem anderen Geld schenkt zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes, so wird es Niemand in den Sinn kommen, diesen Fall als vom Verbot der Schenkung von Seiten eines Hauskinds, Vormunds oder an Beamte, Ketzer nicht betroffen zu erachten.

Und das gilt nicht blos hinsichtlich der Schenkungssätze des römischen Rechts. Den Satz des französischen Rechts, dass Schenkungen, aber nicht mässige den Verhältnissen des Schenkers entsprechende Liberalitäten zu konferiren sind, kann man auch so ausdrücken: für den Satz, dass Schenkungen zu konferiren sind, sind mässige Schenkungen keine Schenkungen; aber Niemand wird darum behaupten wollen, dass mässige Schenkungen begrifflich keine Schenkungen seien und kein einziger Schenkungssatz darauf Anwendung finde[1]). Und wenn das Bürgerliche Gesetzbuch,

---

[1]) **Ein Beispiel aus neuester Zeit: der preussische Finanzminister hat angeordnet, dass Seitens der Verwaltungsbehörden Zuwendungen eines Fabrikanten an eine mit den Rechten einer selbständigen Persönlichkeit aus-**

das in dem Titel von der Schenkung die den Begriff der Schenkung konstituirenden Momente (Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert — Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung) angiebt in der Absicht, den den einzelnen Schenkungssätzen zu Grund liegenden Thatbestand damit zu bezeichnen, an späterer Stelle hinsichtlich einer Reihe von Rechtssätzen bestimmt, dass dieselben nicht anwendbar seien auf diejenigen Schenkungen, welche durch eine sittliche Pflicht oder durch eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt sind[1]), so heisst das nichts anderes, als dass Thatbestand für eine Reihe von Schenkungssätzen auch eine durch solche Pflicht oder Rücksicht gerechtfertigte Schenkung ist, während als Thatbestand für andere Schenkungssätze nur eine nicht so gerechtfertigte Schenkung in Betracht kommt, mithin eine so gerechtfertigte Schenkung für diese Sätze eine Nichtschenkung ist. Wie in § 517 statt des Satzes: eine Schenkung liegt nicht vor, wenn Jemand zum Vortheil eines Anderen den Vermögenserwerb unterlässt, der andere stehen könnte: eine Ausnahme von den aufgestellten Schenkungssätzen findet dann statt, wenn die Schenkung im Unterlassen eines Vermögenserwerbs besteht, so könnte hier statt der Fassung: das Verbot der Schenkung für den Ehemann, Vormund, Inhaber der elterlichen Gewalt, Vorerben, die Rückforderung und der Widerruf der Schenkung erleidet dann eine Ausnahme, wenn die Schenkung durch sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht gerechtfertigt ist, die andere dienen: eine Schenkung liegt nicht vor, wenn dieselbe in der angegebenen Weise gerechtfertigt ist. So wenig also der Thatbestand jener Rechtsvorschriften für diese genügt, sowenig ist der Thatbestand dieser erforderlich für die Anwendbarkeit jener: darum, weil die eine Gruppe von Rechtssätzen voraussetzt, dass keine sittliche oder Anstandspflicht die Schenkung rechtfertigt, besteht nicht die gleiche Voraussetzung

---

gestattete Pensions- und Unterstützungskasse für Angestellte der Fabrik als Schenkungen nicht zu betrachten sind und demnach auch dem Schenkungsstempel nicht zu unterliegen haben.

[1]) Vgl. §§ 534, 1446, 2, §§ 1641, 1804, 2113, 2, § 2330.

für die anderen Rechtssätze; den einen ist Schenkung auch die durch solche Pflicht und Rücksicht gerechtfertigte, den anderen nicht.

2. Will man nun nicht wie die Römer die verschiedenen Schenkungssätze als gesondert für sich bestehende betrachten, um dann bei jedem einzelnen zu untersuchen, welches der von ihm vorausgesetzte Thatbestand ist, fühlen wir das Bedürfniss einer einheitlichen Darstellung, die vom Thatbestand der Schenkung ausgeht, um danach die Schenkungsfolgen zu erörtern, so scheint, da dieser Thatbestand kein allen Schenkungssätzen gleichmässig zu Grund liegender ist, der für die Darstellung gewiesene Weg der, dass man die den verschiedenartigen Thatbeständen gemeinschaftlichen Momente aufsucht, bei deren Vorhandensein Schenkung jedenfalls nicht allgemein geleugnet werden kann, weil eben doch der eine oder andere Schenkungssatz sich damit begnügt. Denn einem Thatbestand, an den auch nur ein einziger Schenkungssatz sich knüpft, kann von Seiten der Rechtsordnung das Prädikat der Schenkung nicht versagt werden, mag sie auch in zahlreichen anderen Beziehungen denselben nicht für genügend erklären. Bei dieser alle verschiedenen Fälle deckenden Fassung geht man von dem Minimum aus und formulirt den Begriff nach den absolut nothwendigen, im Thatbestand eines jeden Schenkungssatzes sich findenden Momenten: wo sie fehlen, ist, selbst wenn nach dem Sprachgebrauch des Lebens noch Schenkung angenommen werden könnte, für das Recht Schenkung nicht vorhanden, indem eben mit einem dieses Minimum nicht aufweisenden Thatbestand keine einzige Schenkungsfolge verbunden ist. Man erkennt dabei an, dass diese Momente nicht überall genügen, dass für manche Sätze ein Plus von Voraussetzungen erforderlich ist. Diese weiteren Voraussetzungen kommen aber nur als mögliche in Betracht, indem, wie das Minimum nicht überall genügt, so nicht sämmtliche bei irgend einem Rechtssatz vorkommenden Voraussetzungen überall nöthig sind. Es verhält sich damit ähnlich wie mit den Naturalobligationen. Wie bei diesen der Begriff nur nach der negativen Seite der Klaglosigkeit hin fest abgegrenzt ist, die positiven Wirkungen aber nur als mögliche angegeben werden können, indem die Frage, welche dieser möglichen Wirkungen mit einer einzelnen Natural-

obligation verbunden sind, in Bezug auf die einzelnen Fälle untersucht werden muss, so ist für den Begriff der Schenkung nur die Negative eine für alle Fälle gleichmässig zutreffende, dass nämlich Schenkung jedenfalls derjenige Thatbestand nicht ist, der das Minimum von absolut nothwendigen Momenten nicht aufweist, während das, was positiv weiter als Voraussetzung erforderlich ist, blos als mögliches Moment des Thatbestandes erscheint, und die Frage, was davon wirklich nothwendig ist, nur für den einzelnen Schenkungssatz beantwortet werden kann. Wie die eine Naturalobligation mehr, die andere weniger von den möglichen Wirkungen hat, so verlangt die Anwendbarkeit des einen Schenkungssatzes mehr, die des anderen weniger von diesen möglichen Voraussetzungen. Ist der Begriff, durch den die Rechtsordnung einen rechtliche Folgen nach sich ziehenden Thatbestand bezeichnet, kein festabgegrenzter, so kommt es bei den Fällen, in denen es zweifelhaft ist, ob sie von dem Begriff gedeckt werden, darauf an, ob Gründe dafür sprechen, diese Fälle einem bestimmten Rechtssatz zu unterstellen und die angeordnete Rechtsfolge bei ihnen eintreten zu lassen. Geht man also von dem Minimum aus, so ist die Frage die, ob nicht für den einzelnen seinen Thatbestand nicht selbst ausdrücklich bestimmenden Schenkungssatz nach seiner ratio der weite Begriff eine Einschränkung zu erfahren hat und nur diejenige Schenkung getroffen wird, welche ausser dem unerlässlichen Minimum noch weitere Momente an sich trägt. Und diese Frage muss bejaht werden, sobald der Rechtssatz über sein Ziel hinausschiessen würde, wenn man alles das, was nichts weiter als das Gattungsmerkmal aufweist, ihm unterwerfen wollte. Ist die Ausschlagung einer Erbschaft zu Gunsten des Substituten und sonstiges Unterlassen eines möglichen Erwerbs donandi causa nicht schlechthin als Nichtschenkung zu bezeichnen, so kann doch dieser Thatbestand für einen Schenkungssatz nicht ausreichen, der die unentgeltliche Disposition über das vorhandene Vermögen verhindern will: der Satz, dass den Pflichttheilberechtigten die querela inofficiosae donationis, den Gläubigern die actio Pauliana gegen den Beschenkten auch ohne dessen Theilnahme an der fraus des Schuldners zusteht, würde über sein Ziel, den Erben den Betrag ihres Pflichttheils, den Gläubigern die

Mittel zu ihrer Befriedigung nicht entziehen zu lassen, hinausschiessen, wenn man bei ihm unter Schenkung auch das Ausschlagen eines möglichen Erwerbes verstände.

Dieses Moment, welches das Minimum an Voraussetzungen für den Eintritt irgend einer Schenkungsfolge bildet, ist die Unentgeltlichkeit. Jede Verfügung, welcher dieses Moment fehlt, ist zweifellos überall und für alle Schenkungssätze Nichtschenkung. Da, wo dasselbe vorliegt, ist Schenkung und die Anwendung von Schenkungssätzen möglich. Zahlreiche Wendungen und Anwendungen in unseren Quellen zeigen, wie donare als unentgeltliches Thun dem entgeltlichen entgegengesetzt wird; und dass dieser Begriff einzelnen auf Schenkung sich beziehenden Rechtssätzen zu Grund liegt, ist zweifellos. Der Satz, dass bei der societas quaestus das durch Schenkung Erworbene nicht gemeinschaftlich wird, sondern dem beschenkten socius allein gehört, der Satz, dass das dem servus fructuarius Geschenkte nicht dem Usufruktuar, sondern dem dominus zufällt, hat alles ohne Aequivalent Erworbene im Auge, und bei dem Satz, dass das donandi causa erfolgte Aufgeben eines Pfandrechtes Seitens eines Hauskindes unwirksam ist, weil das Hauskind nicht schenken darf, bei dem Satz, dass schenkweise Ueberlassung der Ausübung des Usufruktus sowie schenkweises omittere hereditatem rechtlich anders beurtheilt werden, als wenn dieselben Akte gegen Entgelt vorgenommen sind, handelt es sich nur um die Unentgeltlichkeit der Verfügung. Nicht minder zweifellos ist jedoch, dass dieses Moment nicht für alle Schenkungssätze genügt. Wo dies aber der Fall ist, lässt sich eben nicht von vornherein gleichmässig bestimmen, und darum können wir von den weiteren Voraussetzungen nur als möglichen sprechen.

Legt die bisher besprochene Betrachtungsweise den weiten Begriff der Schenkung als unentgeltlicher Zuwendung zu Grunde und fragt sie, wie und wo dieser zweifellos nicht für alle Schenkungssätze genügende Thatbestand modifizirt und ein Plus von Voraussetzungen gefordert ist, so kann man umgekehrt auch das Maximum des Schenkungsbegriffs zum Ausgang nehmen, also einen Thatbestand, bei dessen Vorliegen nothwendig alle Schenkungssätze platzgreifen, und dann fragen, ob alle Schenkungs-

sätze diesen Thatbestand voraussetzen oder ob und wo dieser Begriff modifizirt ist, so dass auch beim Fehlen des einen oder anderen der in ihm enthaltenen Momente ein Schenkungssatz Anwendung finden kann. Dort handelt es sich um Einengung des weiten, hier um Erweiterung des engen Begriffes. Dort wie hier aber erkennen wir an, dass die Abweichungen von dem Gegebenen nur mögliche, nicht überall gleichmässig eintretende sind: dort ist das Plus, hier das Minus an Voraussetzungen das Mögliche.

**3.** Zu der letzteren Betrachtungsweise wird man geführt, wenn man die geschichtliche Entwickelung, speziell hinsichtlich des Mittels der Zuwendung, ins Auge fasst. Begreift nach den früheren Ausführungen Schenkung ursprünglich nur den einen Fall, unentgeltliche Uebertragung des Eigenthums einer Sache aus dem Vermögen des Schenkers in das des Beschenkten, so ist mit der durch die Schenkung bewirkten Aenderung des spezifischen Vermögensstandes beider Theile zugleich eine Aenderung des ökonomischen Bestandes der Vermögen verbunden, indem jene nicht, wie beim Kauf, ausgeglichen wird durch ein aus dem Vermögen des Empfängers in das des Gebers gebrachtes Aequivalent. Mithin ist das aus dem ursprünglichen Begriff der Schenkung sich ergebende Erforderniss in der That ein pauperior et locupletior fieri in dem Sinne positiver Minderung und Mehrung.

Ein pauperior fieri war hier gar nicht anders denkbar, denn als Minderung des schon erworbenen Vermögens, da man Eigenthum eben nur weggeben kann, wenn man es schon hat. In Bezug auf das Erforderniss des locupletior fieri aber tritt schon bald ein Unterschied zwischen den beiden damals in Betracht kommenden Rechtssätzen auf. An sich ist für das locupletior fieri genügend die Vermehrung des Vermögens im Moment der Hingabe. Das Verbot der Lex Cincia greift daher unzweifelhaft auch ein, wenn das geschenkte Objekt nicht im Vermögen des Empfängers bleibt, vorausgesetzt nur, was im Wesen der Schenkung liegt, dass nicht mit der Hingabe die Verpflichtung zur Rückgabe verbunden ist: die Schenkung von Geld zu einer Reise oder zur Erlangung einer Würde wird von dem Verbot betroffen. Hingegen in Bezug auf das Verbot der Schenkung unter Ehegatten tritt infolge seiner

ratio, nicht schlechthin jede unentgeltliche Vermögenszuwendung, sondern nur das Reicherwerden des Einen durch Minderung des Vermögens des Anderen zu verhindern, eine Milderung dahin ein, dass unter locupletior fieri nur die dauernde Erhöhung des Vermögensstandes verstanden und darum in den angeführten Fällen sein Vorliegen geleugnet wurde. Wären nun, so lange Schenkung nur Eigenthumsübertragung war, neue Schenkungssätze aufgestellt worden, so würden diese natürlich den gleichen Thatbestand zur Voraussetzung gehabt haben, und zwar ohne dass die spezielle Einschränkung, wie sie hinsichtlich des Moments des locupletior fieri für Ehegatten aus besonderem Grund eingeführt war, bei ihnen platzgegriffen hätte, falls nicht etwa eine gleiche ratio vorlag. Nun ist aber die Erweiterung des Schenkungsbegriffes sicher älter als die Einführung neuer Rechtssätze über die Schenkung. Es konnte nicht verkannt werden, dass das, was jene beiden Sätze verhindern wollten: unentgeltliche Vermögenszuwendung mit der Folge der Minderung des einen und Vermehrung des anderen Vermögens, wie durch Eigenthumsübertragung so auch durch Vermögenszuwendungen anderer Art bewirkt werden konnte, durch Cession, Acceptilation, Stipulation, und darum werden diese Akte, wenn sie unentgeltlich vorgenommen sind, als donatio bezeichnet und von der Lex Cincia und dem Verbot unter Ehegattten eben so getroffen wie die doni datio. Dabei verstand sich aber von selbst, dass, wo schon die Schenkung als unentgeltliche Eigenthumsübertragung hinsichtlich des einen Schenkungssatzes infolge seiner ratio eine Einschränkung erfahren hatte, diese Einschränkung auch hinsichtlich des erweiterten Begriffs bestehen blieb, mithin das Verbot der Schenkung unter Ehegatten, welches für die Eigenthumsübertragung das locupletior fieri in dem beschränkten Sinn dauernder Vermehrung verstand, auch nicht anwendbar war auf die eine dauernde Vermehrung nicht bewirkende schenkweise Cession, Acceptilation, Stipulation, während bei der Lex Cincia, die von dieser einengenden Auffassung des locupletior fieri schon für den ursprünglichen Fall der Eigenthumsübertragung nichts wusste, natürlich auch für den erweiterten Begriff von einer derartigen Beschränkung nicht die Rede war. Als dann später, nach der Erweiterung des

Schenkungsbegriffes, neue Schenkungssätze aufgestellt wurden, bezogen sich diese naturgemäss von vorn herein auf den erweiterten Begriff; aber wie die Einschränkung des locupletior fieri bei dem Verbot unter Ehegatten für die Lex Cincia nicht in Betracht kam, so galt sie selbstverständlich auch nicht für die neuen Schenkungssätze: das Verbot der Schenkung an Magistrate trifft die dignitatis causa geschehende unentgeltliche Vermögenszuwendung ebenso wie diejenige, deren Objekt den Betrag des Vermögens dauernd erhöht.

**4.** Ist nun ursprünglich pauperior fieri Minderung des bereits erworbenen Vermögens des Gebers um den Werth des zu Eigenthum übertragenen Objekts und locupletior fieri dem entsprechende Vermehrung des Vermögens des Empfängers, und handelt es sich bei Schenkung durch Cession, Acceptilation, Stipulation um einen gleichen Einfluss auf das Vermögen durch Zuwendung des Tauschwerths, so ist infolge Anerkennung weiterer Schenkungsakte hierin eine Aenderung eingetreten.

Das dem Gesammtgeschäfte der schenkweisen Eigenthumsübertragung wie Cession, Acceptilation, Stipulation gemeinsame und ihm den Namen donatio gebende Moment der Unentgeltlichkeit kann sich auch mit Zuwendungen verbinden, bei denen es sich nicht um definitiven Uebergang eines Objekts aus dem einen Vermögen in das andere, um ein pauperior und locupletior fieri in diesem Sinn, handelt, sondern wo nur der durch das hingegebene Objekt gewährte Nutzen auf Zeit zugewandt wird mit der Verpflichtung zur späteren Rückgabe des hingegebenen Objekts, wo also von Mehrung und Minderung des Vermögens nur insofern die Rede ist, als der Geber einen Nutzen und Gewinn, den er sonst von der Sache haben würde, nicht hat und statt seiner dem Empfänger dieser Gewinn zufällt: so wenn eine Sache hingegeben wird zum Niessbrauch, wenn der Gebrauch eines Wohnhauses in Form des Kommodats überlassen wird[1]). Nicht minder lässt sich eine unentgeltliche Zuwendung so denken, dass ein Objekt dauernd

[1]) Vgl. oben S. 60 ff.

in das Vermögen des Empfängers gebracht wird, das der Zuwendende nicht im Vermögen hat, das er aber darin haben würde, wenn er es nicht dem Anderen zuwenden wollte[1]. So gut wie der Geber bei Einräumung des Niessbrauchs einen Gewinn aus einer in seinem Vermögen befindlichen Sache zu Gunsten des Anderen aufgiebt und infolge davon sein Vermögen mindert in dem Sinn, dass er auf eine Vermehrung desselben verzichtet, so gut kann er eine solche Bereicherung des Anderen auf Kosten seines eigenen Vermögens dadurch vornehmen, dass er einen nicht aus ihm bereits gehörenden Vermögensobjekten mit Sicherheit erwachsenden, sondern von aussen her zu machenden Gewinn zu Gunsten des Anderen preisgiebt, z. B. eine ihm deferirte Erbschaft zu Gunsten des Anderen ausschlägt. Dass auch dies Vermögenszuwendung ist, kann im Hinblick darauf, dass durch solche Ausschlagung eine Dos bestellt werden kann, keinem Zweifel unterliegen[2]: handelt es sich bei der Dosbestellung um Vermehrung des Vermögens des Mannes und geschieht diese nach den Quellen auch durch Ausschlagung einer Erbschaft zu Gunsten des Mannes, vorausgesetzt nur, dass zwischen diesem und dem Ausschlagenden Uebereinstimmung über die causa dotis besteht, so ist es nicht denkbar, dass die gleiche Zuwendung, wenn sie donationis causa geschieht, d. h. wenn die Parteien darüber einig sind, dass durch diese Ausschlagung eine Schenkung vorgenommen werden soll, begrifflich nicht Schenkung sei[3].

---

[1]) Pauperior sum, non enim habeo quod habiturus essem, l. 56 D. 29, 1. — Und in Bezug auf das locupletiorem esse: id ipsum capere videtur, quod mercedem non solvit, l. 9 pr. D. 39, 5. — Welcher Unterschied für das Vermögen besteht zwischen dem Fall, wenn ich Jemand Honorarfreiheit für meine Vorlesung gewähre, und dem, wenn ich ihm das Geld gebe, damit er das Honorar bezahlt?

[2]) Vgl. hierüber meine Abh. Ueber Schenkungsannahme S. 122 ff.

[3]) Das wird natürlich dadurch nicht widerlegt, dass dies beim römischen Verbot der Schenkung unter Ehegatten nicht als Schenkung behandelt wird. Und ebenso nicht durch § 517 des BGB. Es ist Schenkung, nur wird sie von jenem Verbot und von den Schenkungssätzen des BGB. nicht betroffen. Es ist darum so wenig Nichtschenkung, wie der oben (S. 109 A. 1.) angeführte die Befreiung von der Stempelsteuer bezweckende Satz „Schenkungen eines Fabrikanten an die Pensionskasse für die Angestellten der Fabrik sind als Schenkungen nicht zu betrachten“ die Schenkung zur Nichtschenkung macht

Insofern hat sich der Begriff des pauperior fieri geändert und erweitert. So lange Schenkung nur durch Eigenthumsübertragung erfolgen konnte, war freilich pauperior fieri nichts anderes als Minderung des bereits erworbenen Vermögens, und das blieb es auch, wenn durch Cession oder Acceptilation einer im Vermögen des Schenkers befindlichen Forderung geschenkt wurde; aber schon bei Schenkung durch Stipulation scheidet nicht etwas im Vermögen des Schenkers Befindliches aus demselben aus, sondern es tritt nur dem in seinem spezifischen Inhalt unverändert bleibenden Aktivvermögen durch die mit der übernommenen Verpflichtung auf dasselbe gelegte Last ein Minuend seines Werthbetrags gegenüber. Seitdem aber Schenkung auch durch Aufgeben eines möglichen Gewinnes, sei er aus dem vorhandenen Vermögen oder von aussen her zu machen, bewerkstelligt werden kann, ist ein pauperior fieri im Sinn der Minderung des gegenwärtigen Werthbetrages zweifellos nicht mehr nothwendig: es genügt die Beeinträchtigung des künftigen Vermögens, insofern als ohne die Zuwendung der Totalwerth des Vermögens ein höherer sein würde als er infolge derselben ist; wird in anderen Beziehungen eine Vermögensschädigung durch lucrum cessans nicht minder als durch damnum emergens anerkannt, so ist kein Grund, für die Schenkung im Fall des lucrum cessans das pauperior fieri zu leugnen[1]).

Gewiss kann man in Fällen der letzteren Art — in Hinblick auf die ursprünglichen und noch jetzt gewöhnlichsten Schenkungsfälle und wenn man bei Schenkung an die Verbindung von Unentgeltlichkeit mit einer bestimmten Art der Vermögenszuwendung denkt — auch sagen: es ist das nicht eigentlich Schenkung, sondern nur schenkungsähnlich, es steckt nur in dem Geschäft etwas von Schenkung, nämlich das Moment der Unentgeltlichkeit. In diesem Sinn spricht Aristo (l. 18 § 1, 2 D. 39, 5) von der Uebertragung des Eigenthums eines Sklaven mit der Verpflichtung, denselben nach fünf Jahren freizulassen, und in der Absicht, dass der Empfänger den Nutzen und Gewinn von dem Sklaven während der fünf Jahre haben solle, als einem Fall, in dem donatio aliqua

[1]) Vgl. hierüber meine Abh. Ueber Schenkungsannahme S. 120 f.

inesse videtur, aliquid donationis intervenit. Beide Auffassungen — die eine, die von dem erweiterten Begriff der Schenkung ausgehend jede unentgeltliche Zuwendung von Vermögensvortheil als Schenkung bezeichnet, weil sie eben lediglich das Moment der Unentgeltlickeit als das für die Schenkung charakteristische ansieht, und die andere, die den ursprünglichen Standpunkt nicht ganz aufzugeben vermag und Schenkung nur als unentgeltliches Geschäft bestimmter Art, insbesondere als unentgeltliches Veräusserungsgeschäft (wobei nur auch die Uebernahme der Verpflichtung zur Veräusserung mit umfasst ist), versteht, mithin in Fällen anders gearteteter Vermögenszuwendung nur von aliquid donationis inest sprechen will — liegen in unseren Quellen im Kampf, wenn auch die Verschiedenheit der Auffassung nicht zum klaren Bewusstsein kommt. Während Pomponius in l. 9 pr. D. 39, 5 das in aedibus alienis habitare gratis als donatio bezeichnet, weil in dem mercedem non solvere ein capere liegt und et citra corporis donationem valere potest donatio, wie dies auch der Fall sei bei einem pactum de non petendo intra certum tempus, und in gleicher Weise Papinian in l. 27 eod. bei der unentgeltlichen Einräumung einer Wohnung von Seiten des Regulus an seinen Lehrer nicht wegen der Art der Zuwendung an dem Charakter der donatio zweifelt, sondern nur wegen des Aequivalents des empfangenen Unterrichts daran, ob es mera donatio sei, und Aristo in dem Fall der manumissio post quinquennium neben der Auffassung, dass aliquid donationis intervenit, unbedenklich auch die andere vertritt, dass donatio vorliege und nur wegen der Verpflichtung zur Freilassung cum donatione mixtum sit negotium (l. 18 pr. eod.), sieht Ulpian, in Anschluss an Julians Definition der Schenkung, in l. 1 de prec. 43, 26 den Unterschied des precarium und commodatum von der donatio darin, dass es sich bei der letzteren um ein sic dare, ne recipiat, bei jenen aber nicht um definitive Eigenthumsübertragung, sondern um Gestattung des Gebrauchs einer zurückzugebenden Sache handele. Dem Einen ist unentgeltliche Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache trotz der Verpflichtung die Sache herauszugeben Schenkung, dem Anderen ist sie wegen der Verpflichtung zur Herausgabe der Sache nicht Schenkung.

5. Ist nun, wie nicht zu bezweifeln, die erstere Auffassung die überwiegende geworden und danach jede unentgeltliche Zuwendung eines Vermögensvortheils, ohne Rücksicht auf die Art des Vortheils und das formale Mittel der Zuwendung, eine Schenkung, so war der letzte Schritt in der Entwicklung des Begriffs leicht gethan, nicht blos im Fall der Zuwendung von Vermögensvortheilen, sondern bei jeder unentgeltlichen Zuwendung irgend eines Vortheils von Schenkung zu sprechen: ist noch bei dem libertatem donare wenigstens auf Seiten des Schenkers ein Einfluss auf das Vermögen vorhanden, so fehlt jede Beziehung auf das Vermögen bei dem civitatem donare[1]). Stehen ursprünglich venum dare und donum dare in Parallele und als alleinige Repräsentanten des entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäfts einander gegenüber, so ist jetzt die Parallele und der Gegensatz der von entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften überhaupt, von onerosen und lukrativen, von egoistischen und uneigennützigen, von Austausch- und Liberalitätsgeschäften, von Geschäften, wo ein Verlust um des Erwerbes willen ertragen oder doch nicht ohne gleichzeitigen Erwerb gewollt wird, und solchen Geschäften, wo der Verlust sich nicht mit einem Gegenerwerb verknüpft, wo man den eigenen Nachtheil will, ohne dass er durch einen mit ihm in Verbindung stehenden Vortheil ausgeglichen wird. Jede Zuwendung und jede Erwerbung irgend eines Vortheils, die als entgeltliche möglich ist, kann auch als unentgeltliche, donationis causa, vorkommen. Die letzteren statt als Liberalitätsgeschäfte als Schenkungsgeschäfte zu bezeichnen ist nicht sprachwidrig, und es ist dies unbedenklich, sobald man nur festhält, dass nicht wegen des gemeinsamen Namens alle Rechtssätze, die für den einen oder anderen Fall eines solchen Schenkungsgeschäftes aufgestellt sind, auf sämmtliche von diesem

---

[1]) Für die heutigen Verhältnisse lässt sich das freilich nicht behaupten: wo die Erlangung des Bürgerrechtes nur gegen Zahlung einer Geldsumme erfolgt, da ist die unentgeltliche Verleihung desselben wie für die verleihende Gemeinde, der dadurch eine Einnahme entgeht, so für den damit Beliehenen, der infolge davon eine Ausgabe erspart, eine Schenkung auch im vermögensrechtlichen Sinne.

Begriff umfassten Fälle angewandt werden dürfen. Wie nicht alle Austauschgeschäfte unter den gleichen Rechtssätzen stehen und nicht jedes entgeltliche Geschäft den Grundsätzen des Kaufs unterliegt, vielmehr die einzelnen Geschäfte dieser allgemeinen Kategorie von ihren besonderen Normen beherrscht sind, so giebt es nicht ein einheitliches Recht für alle Schenkungsgeschäfte. Die Sätze, die für den Fall der unentgeltlichen definitiven Uebertragung eines Vermögensobjektes gelten, greifen, wenn das Moment der Unentgeltlichkeit in Verbindung mit anders gearteten Zuwendungen auftritt, nicht nothwendig auch bei diesen Platz: es ist das zwar möglich, nämlich dann, wenn der betreffende Schenkungssatz seinen Grund gerade in der Eigenschaft der Zuwendung als einer unentgeltlichen hat, hingegen ist es ausgeschlossen da, wo er darauf beruht, dass die Unentgeltlichkeit die Eigenschaft gerade einer bestimmten Art von Vermögenszuwendung ist. Während innerhalb der allgemeinen Kategorie der Austauschgeschäfte sich die einzelnen Fälle scharf charakterisirt von einander abheben, Kauf, Miethe, Tausch einen festen Thatbestand haben und mit diesem eigenartige Rechtsfolgen gegeben sind, lassen sich bei der Kategorie Schenkungsgeschäfte solch festbegrenzte Untertypen, an deren einen die, an deren anderen jene Rechtssätze sich anknüpfen, nicht angeben, sondern es muss für jeden Schenkungssatz der Thatbestand gesondert festgestellt werden. Und darin eben liegt die Schwierigkeit der Darstellung der Schenkungslehre.

Muss gegenüber dem ursprünglichen engen Begriff der Schenkung als unentgeltlicher Eigenthumsübertragung gefragt werden, ob für alle von Schenkung sprechenden Rechtssätze nur dies Schenkung ist oder ob und inwiefern für einen Schenkungssatz das eine oder andere der in jenem Begriff liegenden Momente nicht erforderlich ist, so ist gegenüber dem erweiterten Begriff der Schenkung als unentgeltlicher Zuwendung zu fragen, ob für sämmtliche Schenkungssätze alles dies Schenkung ist oder ob und inwiefern für einen Schenkungssatz dies nicht als ausreichend, also ein Mehr an Voraussetzungen erforderlich erscheint. Mag man von dem engen oder dem weiten Begriff der Schenkung, dem Maximum oder dem Minimum an Erfordernissen ausgehen,

das Resultat ist immer, dass wir es nicht mit einem überall anwendbaren, jedem Schenkungssatz zu Grund liegenden Begriff zu thun haben, dass die in dem ersteren gelegenen Erfordernisse nicht als überall nothwendige, sondern nur als mögliche, die in dem letzteren gelegenen als nothwendige, aber nicht überall genügende anzuerkennen sind, dass wir wohl einen gewissen Kern und Grundstock von Schenkungsfällen, worauf die meisten Schenkungssätze Anwendung finden, annehmen können, nicht aber einen einheitlichen Thatbestand für alle Schenkungssätze.

## IV.

1. Der allen Schenkungsfolgen gemeinsame Thatbestand ist Zuwendung eines Vermögensvortheils, hinsichtlich deren die Parteien einig sind, dass sie schenkweis erfolgt, dass das dare ein dono dare sein soll. Kann der blos einseitige Wille, einem Anderen schenkweis zuzuwenden, zwar unter Umständen die Zuwendung herbeiführen, nicht aber ihren Charakter als einer Schenkung bestimmen, so wird beim Vorliegen der Causalberedung über den Schenkungscharakter jede Zuwendung zur Schenkung.

Ueber die Art der Zuwendung ist, soweit es ohne zu weit führendes Eingehen auf Detail geschehen konnte, zur Genüge gesprochen[1]. Abschliessend können wir in dieser Beziehung sagen: geht die Vereinbarung dahin: ich schenke dir hiermit und ich nehme dies als von dir geschenkt an, so ist nicht blos die Sache geschenkt,

[1]) Ich bin mir bewusst, dass in dieser Beziehung mancher Punkt eine nähere Erörterung verdient hätte. Aber ich bekenne, dass die starke Inanspruchnahme meiner Zeit und Kraft durch mannigfache Berufsgeschäfte zwar nicht einer Vertiefung in die Einzelfragen, aber doch deren eingehender Darstellung ein Hemmniss gewesen ist und mich vor die Alternative gestellt hat, mich mit dem Gegebenen zu begnügen oder nichts zu geben. Ich hoffe, dass das Urtheil nicht lauten möge, ich hätte darum letzteres wählen sollen. Wegen der Causalberedung kann ich auf die Ausführungen in meiner Schrift: »Ueber Schenkungsannahme« Bezug nehmen.

die ich bereits in meinem Vermögen habe und aus diesem in das Vermögen des Empfängers übertrage, sondern die Eigenschaft einer schenkweisen wohnt auch der Zuwendung inne, die in dem Verzicht auf einen für mich möglichen Erwerb zu Gunsten eines Anderen besteht, mag die Möglichkeit des Erwerbs auf meinem Vermögen oder auf der Bestimmung eines Dritten beruhen; kann ein solcher Verzicht als kaufweiser oder vergleichsweiser vorkommen, so ist er auch als schenkweiser möglich. Unter der gleichen Voraussetzung der Causalberedung kann auch in dem Bestellen eines Pfandrechts und in dem Verzicht auf ein solches eine Schenkung, wenigstens eine eventuelle, liegen[1]). Wenn ein Dritter dem Gläubiger ein Pfandrecht bestellt für einen insolventen Schuldner, so dass der Gläubiger infolge davon etwas erhält, was er sonst nicht haben würde, und der Pfandbesteller dieses Objekt bezüglich dessen Werth ganz oder theilweis verliert, so ist nicht zu ersehen, weshalb diesem als schenkweiser Zuwendung verabredeten Verlust und Gewinn der Charakter als Schenkung abgesprochen und die Anwendung von Schenkungsgrundsätzen geleugnet werden soll; denn die Auffassung, dass der Gläubiger vom Pfandbesteller nichts erhalte, weil er doch rechtlich eine

[1]) Kann nach l. 38 D. 17, 1 das Gestatten, dass Jemand meine Sache für seine Schuld verpfändet, donationis causa erfolgen, so kann es auch Schenkung sein, wenn ich selbst meine Sache für seine Schuld verpfände. — Vgl. Planck, Bürg. GB. II S. 284 Z. 2: der Entw. I § 439 verneinte das Vorliegen einer Schenkung, die zweite Kommission hat die Vorschriften gestrichen. Dass in der Sicherheitsleistung eine Schenkung an den Berechtigten nicht liege, hielt ein Theil der Mehrheit für selbstverständlich, ein anderer für nicht allgemein richtig, z. B. nicht für den Fall der Sicherheitsleistung für eine Forderung gegen eine vermögenslose Verlassenschaft. In Betreff des Aufgebens einer Sicherheit ging die Mehrheit davon aus, dass darin ausnahmsweise eine Schenkung an den Belasteten (Bürgen, Eigenthümer des Pfands) liegen könne, wenn und soweit der Berechtigte ohne die Sicherheit den Ausfall des gesicherten Rechts zu erwarten hat und in Kenntniss dieses Sachverhalts die Sicherheit aufgiebt. — Bei der Sicherheitsleistung durch einen Dritten und bei dem Aufgeben einer Sicherheit wird es darauf ankommen, ob nach den Umständen im ersten Fall eine Bereicherung des Berechtigten, im zweiten Fall eine Verminderung seines Vermögens anzunehmen ist.

Forderung habe, ist, wenn diese Forderung eine werthlose ist, eine rein formalistische, die auch in Widerspruch mit den Quellen steht[1]). Und ebenso beim Verzicht auf ein Pfandrecht: habe ich eine erste Hypothek für 10 000 Mk. und ist der Schuldner gänzlich insolvent, weshalb wäre es nicht Schenkung, wenn ich meine Hypothek aufgebe, damit der Inhaber der zweiten Hypothek für seine ohnedies aussichtslose Forderung von 10 000 Mk. Befriedigung erhalte, und zwischen ihm und mir vereinbart ist, dass er diesen auf Kosten meines Vermögens ihm gewährten Vortheil als

---

[1]) L. 53 D. 23, 3: cum vir uxori donare vellet, debitor mulieris qui solvendo non erat, dotem ei promisit. Die Uebernahme der Verpflichtung zur Restitution der Dos Seitens des Mannes ist eine Schenkung an die Frau, weil der Mann zwar eine Forderung gegen den Promittenten hat, aber die Forderung gegen einen insolventen Schuldner kein wahres Aequivalent ist: neque tum, cum dos promitteretur, donatio facta est, nisi eius pecuniae, quae a debitore servari non poterat; wird der Schuldner später solvent, dann donationis causa non permanet, cum eo loco res sit, quo esset, si tum quoque, cum promitteretur dos, locuples fuisset. L. 49 eod: hat der Mann, dem durch Versprechen des Schuldners die Dos bestellt ist, ohne seine Schuld nichts erlangt, weil der Schuldner insolvent war, so braucht er nichts zu restituiren: die Forderung hat er, aber die Forderung gegen einen Insolventen steht einer Nichtforderung gleich. L. 82 l. 22 §§ 3, 4 D. 35, 2: dem insolventen Schuldner ist liberatio legirt: ipse sibi solvendo videtur et quod ad se attinet, dives est, capere videtur eo quod liberatus est (l. 31 §§ 1, 4 D. 39, 6), daher wird ihm, wenn die Falcidia verletzt ist, die Acceptilation nur in dem entsprechend geminderten Betrag zu theil; sed si aliis hoc nomen legetur, nullum legatum erit nec ceteris contribuetur. — Vgl. auch l. 6 pr. D. 38, 5. — Allerdings erklärt l. 1 § 19 D. 38, 5, dass, wenn der Freigelassene in necem patroni für einen insolventen Schuldner sich verbürgt oder ein Pfand bestellt, nicht cum damno creditoris subveniri debet, neque enim donavit mihi, si pro aliquo intervenit qui non fuit solvendo; wohl aber kann der Schuldner belangt werden und zwar entweder von dem Freigelassenen mit actio mandati oder, si deficit actio mandati, quia donationis causa intervenit (l 32 D. 2, 14), mit der actio Faviana vom Patron. Es ist also mit dem Verneinen der Schenkung an den Gläubiger nicht gemeint, dass in der Verbürgung keine Schenkung an ihn liegen könne, sondern dass ihm hier thatsächlich nicht geschenkt ist, weil ein Schenkungsvertrag zwischen ihm und dem Bürgen nicht vorliegt; der Wille des Bürgen geht auf Schenkung an den Schuldner und darum hat er gegen diesen nicht die actio mandati.

geschenkt von mir habe? Soll das Verbot der Beamtenschenkung hier nicht platzgreifen, soll die strafbare Handlung der Bestechung hiermit nicht begangen werden können?[1]) In allen diesen Fällen liegt Schenkung vor, sobald die Vereinbarung dahin geht, dass die Zuwendung eine schenkweise sei: die Parteien wollen es und die Rechtsordnung kann es dann nicht anders denn als Schenkung charakterisiren[2]).

Hingegen bedarf die Frage noch einer näheren Betrachtung, was es heisst: die Zuwendung ist als schenkweise von den Parteien gewollt? Welches sind die Momente, die unter dieser Voraussetzung die Zuwendung zur Schenkung machen?

Das entscheidende und zwar allein entscheidende Moment ist, dass die Zuwendung eine unentgeltliche ist und sein soll.

Die Ansicht Aelterer, die auf Grund der l. 29 pr. de don. das nullo iure cogente für das Wesentliche hält, ergiebt sich als unrichtig schon durch die Erwägung, dass auch Geschäfte, die zweifellos nicht Schenkung sind, freiwillig vorgenommen werden: zum Abschluss eines Darlehens oder Kaufes besteht kein Rechtszwang. Und wollte man zur Rechtfertigung das „Freiwillig" im Sinne eines ganz freien, durch die Aussicht auf ein Aequivalent nicht bestimmten Willens verstehen, so wäre damit eben das Moment der Unentgeltlichkeit gegeben und nicht das nullo iure cogente das Entscheidende. In der That will auch die l. 29 pr. cit. nicht sagen, dass überall, wo ohne rechtliche Verpflichtung gegeben wird, Schenkung vorliege, sondern nur, dass sie ausgeschlossen sei, wo das Geben auf Grund einer Rechtspflicht erfolgt: das nullo iure cogente concedere ist nur dann Schenkung, wenn es ein gratis concedere ist.

---

[1]) Vgl. auch Entsch. d. RG. in Civilsachen, Bd. 33 S. 210: der Vormund darf Schenkungen für den Mündel nicht vornehmen: Schenkung ist auch der Verzicht auf eine dem Mündel bestellte Sicherheit, sofern dies den Charakter der Freigebigkeit hat.

[2]) Natürlich ist das Aufgeben eines Pfandrechts zu Gunsten des Schuldners nicht nothwendig eine das Vermögen des Schuldners vermehrende Zuwendung: behält der Gläubiger eine wirksame Forderung gegen ihn, so kann er wegen des Verzichts auf das Pfandrecht nicht dem Schuldner ein Fideikommiss auflegen, l. 3 § 4 de leg. III.

Ob aber das Moment der Freiwilligkeit neben dem der Unentgeltlichkeit zur Begriffsbestimmung nothwendig ist, hängt zunächst davon ab, wie man den Begriff der Unentgeltlichkeit fasst. Man kann dies in dem engeren Sinne verstehen, dass nur an den Ausschluss einer eigentlichen Gegengabe bezüglich Verpflichtung dazu, einer für die Zuwendung erfolgenden Gegenzuwendung, wie sie bei den synallagmatischen Kontrakten vorliegt, gedacht ist. In diesem Sinne spricht man von der Verpflichtung eines Verlagsbuchhändlers, unentgeltlich ein Exemplar der in seinem Verlag erscheinenden Werke an die Staatsbibliothek abzuliefern, und statt dessen sagt man wohl auch, zu schenken, wie die Römer die dem Freigelassenen auferlegten Gaben an den Patron als dona bezeichnen. Aber es handelt sich hier nicht um wahre Schenkung: auf eine solche zwar ohne Gegengabe, aber in Erfüllung einer Rechtspflicht gemachte Zuwendung findet kein einziger Schenkungssatz Anwendung. Wer so leistet, nimmt eine solutio vor, nicht eine donatio: donari non videtur, quod iure cogente conceditur[1]). Zu dem Moment der Unentgeltlickeit in diesem Sinne muss noch weiter das der Freiwilligkeit kommen, damit Schenkung im Rechtssinn angenommen werden kann. Aber auch das genügt nicht. Das Geben eines Darlehens ist ein freiwilliges und ein unentgeltliches in diesem Sinne; da aber der Darleiher eine Forderung auf Rückgabe erhält, so ist sein Geben nicht ein donare, sondern ein credere, obgleich wieder in den Quellen bisweilen von donare auch da gesprochen wird, wo der ohne Gegengabe Empfangende zur Herausgabe des Empfangenen verpflichtet ist, wie bei der donatio manumittendi causa.

Versteht man aber unter Unentgeltlichkeit das Fehlen jedes Aequivalents, so dass sie ausgeschlossen ist nicht blos im Fall einer eigentlichen Gegenleistung, sondern auch wenn der Geber, wie bei Zahlung, von einer Verpflichtung frei, der Empfänger, wie

[1]) Der vom Herrn inter vivos Freigelassene, der die libertatis causa ihm aufgelegten dona leistet, schenkt nicht: l. 8 D. 39, 5; der ex causa fideicommissi vom Erben Freigelassene, der zur Uebernahme solcher obligatio doni nicht gehalten ist und doch, während er weiss, se posse id recusare sie auf sich nimmt, donasse videtur: l. 47 D. 38, 1.

bei Darlehen, mit einer Verpflichtung belastet wird, so ist ein weiteres Moment als eben die Unentgeltlichkeit nicht erforderlich. Die Freiwilligkeit ist in dieser Unentgeltlichkeit begriffen, denn unentgeltlich in diesem Sinn leistet eben nur, wer nullo iure cogente leistet, indem er anderenfalls in dem Freiwerden von der Rechtspflicht ein Aequivalent für seine Leistung hat.

Muss nun das Aequivalent, welches die Schenkung ausschliesst, ein geldwerthes sein, so dass überall da, wo ein solches fehlt, Schenkung anzunehmen ist? Wäre das der Fall, so würde in der Schenkung stets zugleich für den Geber eine Minderung, für den Empfänger eine Mehrung des Vermögens im ökonomischen Sinne liegen: erhält der Geber für das weggegebene geldwerthe Objekt keinen Gegenwerth in Geld, so ist eben sein Vermögen um den Werth dieses Objekts verkürzt und das des Empfängers um soviel erhöht. Bei dieser Annahme könnte man, das Verhältniss von Grund und Folge umkehrend, wohl statt des Erfordernisses der Unentgeltlichkeit das der Vermögensminderung und Bereicherung setzen. Das ist in der That von mancher Seite geschehen, und so neuerdings auch in den Motiven zum Entw. e. Bürg. Gesetzbuchs II S. 287: „wird eine animo donandi erfolgende Zuwendung erfordert, durch welche der Zuwendende ärmer, der Andere reicher wird, so ist die Hervorhebung des Erfordernisses der Unentgeltlichkeit der Zuwendung entbehrlich". Zweifellos unrichtig ist dies aber dann, wenn es sich bei der für die Schenkung erforderlichen Unentgeltlichkeit um das Fehlen jedes Aequivalents handelt, so dass sie also auch da ausgeschlossen wird, wo eine Gegenleistung gefordert wird, die keinen Vermögenswerth hat. Wenn ich Jemand 1000 gebe gegen die Verpflichtung meinen Namen zu führen, so bin ich um 1000 ärmer und er um 1000 reicher, aber Schenkung ist das nicht, weil die Unentgeltlichkeit fehlt (non esse donationem quia ob rem facta est l. 19 § 6 de don.), denn Schenkung fordert Unentgeltlichkeit in dem Sinne des Fehlens jeglichen Aequivalents; die Gegenleistung der Namensführung lässt zwar die Minderung und Mehrung des Vermögens, nicht aber die Unentgeltlichkeit bestehen. Jedes Aequivalent, welches nach dem Inhalt der Vereinbarung für die Zuwendung gemacht oder zu machen ist, natürlich als ernsthaft gemeintes

und von dem Zuwendenden als gleichwerthig erachtetes, schliesst die Schenkung aus. Nicht donatio, sondern negotium liegt dann vor: extra causam donationum esse talium officiorum mercedes utputa si tibi adfuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris (l. 19 § 2 de don.); quae liberti imposita libertatis causa praestant, ea non donantur, res enim pro his intercessit (l. 8 eod.)[1]. Liegt sonach beim Gewähren eines nichtgeldwerthen, wenn auch von den Parteien als gleichwerthig behandelten Aequivalents, das die Minderung und Mehrung der Vermögen durch die Zuwendung bestehen lässt, Schenkung nicht vor, so ist das Hervorheben des Erfordernisses der Unentgeltlichkeit, d. h. des Mangels jedes Aequivalents, nicht entbehrlich und das Verstellen des Begriffs der Schenkung auf Minderung und Mehrung nicht richtig.

**2.** Wie nun das Moment der Unentgeltlichkeit ein für den Begriff der Schenkung nothwendiges ist, so ist andererseits dieses Moment auch genügend. Eine Zuwendung ist dann Schenkung, wenn die Parteien darüber einig sind, dass sie als eine unentgeltliche erfolgt, vorausgesetzt natürlich, wie oben (S. 24 A 1) bemerkt, dass solche Vereinbarung nicht mit dem objektiven Sachverhalt in Widerspruch steht. Wenn sich in manchen Fällen, in denen dieses Moment vorliegt, das Gefühl gegen die Annahme einer Schenkung sträubt, so hängt dies damit zusammen, dass die Schenkung, anders als die sonstigen Vermögensgeschäfte, kein rein juristisches Ding ist, dass sie neben der rechtlichen Seite auch eine namentlich bei den Philosophen besonders betonte und in dem Ausdruck Liberalität zum Ausdruck kommende ethische Seite hat, weshalb man z. B. bei rein egoistischen Motiven oder wo es sich um Vergeltung einer empfangenen Wohlthat handelt, die reine Schenkungs-

[1]) Plinius (Epist. III 21) gab dem Valerius Martialis ein Reisegeschenk, weil er es nicht blos seiner Freundschaft, sondern auch den Versen, die dieser auf ihn gemacht, schuldig zu sein glaubte. Hätte er sich die nicht geldwerthe Leistung der Lobverse gegen eine von ihm zu machende Leistung ausbedungen, so wäre letztere nicht Schenkung gewesen. Donatum non est, quod compensatum est, l. 21 § 1 D. 24, 1.

absicht zu leugnen geneigt ist. Aber diese ethische Seite, wenn sie vielleicht auch den einen oder anderen Schenkungssatz beeinflusst, kommt vom Standpunkt des Rechts für den Begriff der Schenkung nicht in Betracht, und das Verkennen dieses Umstands, das Hereinziehen des ethischen Gesichtspunktes, der in die Schenkung etwas Imponderables bringt, trägt zum Theil die Schuld an manchen Unklarheiten in unserer Lehre.

Von diesem Fehler hat sich das Bürg. Gesetzbuch (§ 516) bei seiner Definition der Schenkung frei gehalten: „eine Zuwendung (von dem in der Fassung nicht einwandfreien Zusatz: »durch die Jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert« kann hier abgesehen werden) ist Schenkung, wenn beide Theile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.“ Das ist in der That das allein Entscheidende[1]).

Das Gleiche sagt, wenn man statt des nur die Eigenthumsübertragung ins Auge fassenden dare den allgemeinen Begriff Zuwendung setzt, die Juliansche Definition in l. 1 de don. 39, 5.

Nach Julian ist das Geben propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat das Begriffbestimmende. Schenken ist ihm nicht, worin Manche ihr Wesen sehen wollen, ein Geben ohne Zweck, oder ein Geben, bei dem das Geben Selbstzweck ist[2]). Nicht um ein Geben propter nullam

---

[1]) Vgl. Planck, Bürg. Gesetzbuch II S. 282 Ziff. 1: Der Begriff setzt sich aus zwei Bestandtheilen zusammen. Der erste: eine Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert, umfasst rechtliche Thatbestände verschiedener Art. Was alle diese Thatbestände zum einheitlichen Begriff der Schenkung verbindet, ist der zweite Begriffsbestandtheil: die Einigung des Zuwendenden und des anderen Theils über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. In dieser den Rechtsgrund der Zuwendung bildenden Einigung liegt das kennzeichnende Merkmal jeder Schenkung.

[2]) In den verschiedensten Wendungen findet sich bei verschiedenen Schriftstellern der Gedanke, die Schenkung sei ein Geben ohne Zweck und Rechtsgrund, ihr Wesen liege darin, dass die Zuwendung erfolge um der Zuwendung willen, dass sie geschehe, damit sie eben geschehe; der animus donandi beruhe auf der Zwecklosigkeit der Zuwendung u. ä. Vgl. z. B. Seneca de benef. I 2. (dedi ut darem); Liebe, Stipulation §§ 6, 7; Hartmann, Begriff und Natur des Vermächtnisses § 2; Bechmann, Dotalrecht I S. 198 ff; Pollack, Schenkungswiderruf §§ 1, 2.

causam handelt es sich, sondern um ein solches propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem exerceat; nicht das undenkbare Fehlen jeglicher causa, sondern das einer alia causa als der der Liberalität, also positiv das Vorhandensein der causa liberalitatis, ist das die Zuwendung zur Schenkung machende Moment[1]). Grund und Zweck der Zuwendung muss sein, dass mit derselben geschenkt sein soll (ut dono det), oder ins Thatsächliche übersetzt, dass sie als eine liberale erfolgt, und das heisst eben als eine unentgeltliche. Wer nach dem Inhalt des Geschäfts etwas für sein Geben haben will, also nur gegen Entgelt giebt, der ist nicht liberal. Die causa liberalitatis oder donandi besteht darin, dass der Geber für sein Geben nichts will, der Empfänger nichts dafür giebt, in der Unentgeltlichkeit; jede alia causa schliesst die Schenkung aus. Mag man auch vom ethischen Standpunkt aus Liberalität als die Tugend bezeichnen, die aus einer des Freien würdigen Gesinnung heraus uns zum unentgeltlichen Aufgeben des Unserigen geneigt macht und nur die eigene munificentia des Gebers zum Objekt hat, und danach Schenkung als Ausfluss dieser Tugend nur diejenige unentgeltliche Zuwendung nennen, welche jenen Charakter aufweist, so ist doch diese Auffassung nicht die des Rechts, und schon de Retes erklärt, dass für das Recht liberal und unentgeltlich gleichbedeutend sei.

Dass der Streit über das Wesen der causa auf psychologischem Gebiet nicht zu lösen ist, dass das Operiren mit dem Zweck oder der Absicht, mit nächstem und entferntem Zweck, mit unmittelbarer und mittelbarer Absicht die Gefahr der Vermengung verschiedener Dinge in sich birgt, ist oben des Näheren dargethan worden. Bei vermögensrechtlichen Geschäften handelt es sich um die Frage nach dem wirthschaftlichen Ausgleich; und für das Recht erheblich ist nur derjenige mit einer Leistung verfolgte Zweck, der für diese Frage entscheidend ist: ob die Leistung gegen einen im Verkehr als Austauschobjekt anerkannten Gegenvortheil oder

---

[1]) Ein Geben mit Selbstzweck, eine Zuwendung, deren Zweck die Zuwendung ist, hat, da das Mittel nicht zugleich Zweck sein kann, einen Sinn nur dann, wenn man unter Selbstzweck den Ausschluss eines weiteren Zwecks als den, dass der Empfänger ohne Entgelt haben soll, versteht.

ohne solchen erfolgt. Dort handelt es sich um ein Geben zu dem Zweck oder besser so, dass der Empfänger gegen Entgelt hat, hier um ein Geben so, dass er unentgeltlich hat. Welches der zu solch entgeltlichem oder unentgeltlichem Geben bestimmende Grund und mit ihm verfolgte Zweck ist, ist für die eine Kategorie so unwesentlich wie für die andere. Man kann nicht sagen, bei der Schenkung sei der Zweck der, sich dankbar zu erweisen oder seinem Wohlwollen genug zu thun, zu prahlen, den Empfänger sich zu verpflichten, bei den entgeltlichen Geschäften sei der Zweck der, ein Aequivalent zu erhalten; denn damit werden Zwecke von ganz verschiedener Bedeutung in Parallele gestellt. Der Darlehnsgeber giebt keineswegs immer blos zu dem Zweck, um eine Forderung auf Rückgabe zu erhalten, sondern er kann in erster Linie bezwecken, dem Darlehnsnehmer aus der Noth zu helfen, der Verkäufer verkauft nicht immer blos zu dem Zweck, um das Kaufgeld zu erlangen, sondern er kann verkaufen, um dem Käufer eine Gefälligkeit zu erweisen: aber welcher Zweck auch beim Darleihen, beim Verkaufen ins Auge gefasst ist, immer giebt der Darleiher nur so, dass er das Geliehene wieder haben will, der Verkäufer nur so, dass er Geld für das verkaufte Objekt haben will. Und so giebt der Schenker, welchen Zweck er auch dabei verfolgen mag, immer so, dass er nichts dafür will. Soll mit dem Zweck operirt werden, so kann es sich nur um den typischen Zweck handeln: was will jeder Darlehnsgeber, jeder Verkäufer, jeder Schenker; die individuellen Zwecke des einzelnen Darlehnsgebers, Verkäufers, Schenkers liegen ausserhalb des Begriffs der causa, sie sind rechtlich irrelevante Motive[1]).

**3.** Von hier aus wirft sich die in anderem Zusammenhang (S. **25 ff.**) bereits flüchtig berührte Frage auf, ob es neben dem vertragsmässig auf Unentgeltlichkeit der Zuwendung gerichteten Willen der Parteien noch das Erforderniss eines besonderen animus donandi giebt, dessen Fehlen bewirken würde, dass trotz jener Causalberedung Schenkung nicht auzunehmen ist. Dass

[1]) Vgl. meine Schenkungsannahme S. 137, Anm.

diese Frage aufgeworfen und von Manchen bejaht wird, dass man Wohlwollen, Gunst gegen den Empfänger, Absicht ihm eine Gefälligkeit zu erweisen, Opfer bringen und dgl. als Begriffsmerkmal der Schenkung aufstellt, beruht, wie gesagt, auf der Vermengung der ethischen und der juristischen Seite der Schenkung. Man sträubt sich Schenkung zu nennen, was zwar ohne rechtsgeschäftliches Aequivalent, aber doch für Empfangenes oder für künftig zu Erlangendes gegeben wird, weil das im ethischen Sinn keine wahre Liberalität, nicht Ausfluss einer rein uneigennützigen nur den Vortheil des Anderen im Auge habenden Gesinnung ist. Man sagt, es sei das keine wahre Schenkung, wie Papinian in l. 27 de don. von dem Gewähren der unentgeltlichen Wohnung an den Lehrer für früher empfangenen Unterricht sagt: posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum, und Paulus I 7 § 5 das unentgeltliche Geben für Lebensrettung zwar Schenkung nennt, aber doch den Zweifel aufwirft: si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est[1]). Man spricht von Zahlung, wenn geleistete Dienste vergütet werden, ohne dass eine rechtliche Verpflichtung dazu besteht, wenn der durch Accord von seiner Schuld vollständig Freigewordene den Rest der ehemaligen Schuld an den Gläubiger leistet, man nennt es Bestechung, wenn mit einer unentgeltlichen Gabe ein Beamter zu einer Pflichtwidrigkeit bestimmt werden soll, man sagt von dem die Quart nicht abziehenden Erben, magis pleniore officio fidei praestandae functum quam donasse videri (l. 5 § 15 D. 24, 1). Aber wenn man festhält, dass nicht die subjektive Empfindung und Auffassung der Handelnden den rechtlichen Charakter einer Zuwendung bestimmen kann, sondern der Masstab des Rechts anzulegen und dieser entscheidend ist,

---

[1]) Dieser ethische Gesichtspunkt mischt sich auch bei Julian in l. 1 de don. ein, wenn er die bedingte Schenkung als non propria donatio bezeichnet. Denn in der That handelt derjenige, der eine Zuwendung von einem ungewissen in der Zukunft liegenden Geschehen oder Nichtgeschehen abhängig macht, nicht in rein liberaler Gesinnung. Aber auch nach Bekker, Pand. II S. 181 ist Leistung unter der Bedingung »wenn die Frau das zwölfte Kind gebiehrt« Schenkung.

so kann nicht verkannt werden, dass in allen diesen und ähnlichen Fällen geschenkt ist [1]), weil da, wo ein rechtsgeschäftliches

---

[1]) Will man die spätere Leistung des Accordschuldners nicht als Schenkung, sondern als Zahlung betrachten, so kann das nur geschehen unter dem Gesichtspunkt einer naturalis obligatio im Sinn einer wenn auch schwachen Rechtspflicht. Wer eine solche annimmt — und das thun Manche, so neuerdings eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. Juli 1898 — ist natürlich berechtigt, Schenkung zu leugnen. Wenn man aber der Meinung ist, dass die Rechtsordnung eine solche Naturalobligation nicht kennt, oder wenn man, um diese Streitfrage bei Seite zu lassen, den Fall setzt, dass ein Gläubiger aus Rücksicht auf die Nothlage des Schuldners ihm einen Theil der Schuld definitiv erlässt, so geht es nicht an, eine Zahlung im Rechtssinn als vorliegend anzunehmen, wenn der später wieder zu Vermögen gekommene Schuldner nachträglich das ihm damals definitiv Erlassene dem Gläubiger leistet. Er sagt freilich nicht: ich schenke dir, sondern ich zahle dir, was ich von meiner damaligen Schuld nicht getilgt habe, weil er sich in dieser Richtung moralisch gebunden fühlt; und ebenso empfindet der frühere Gläubiger das nicht als Schenkung, sondern als Leistung dessen, was ihm noch geschuldet sein würde, wenn er es nicht erlassen hätte. Aber die subjective Auffassung der Parteien kann den objektiven Charakter der Leistung nicht ändern. Tilgung einer Schuld ist nur möglich, wenn rechtlich eine Schuld besteht, in Bezug auf eine nicht existirende Schuld kann von solutio im Rechtssinn nicht die Rede sein. Würde man die Parteien fragen: hast Du das Geleistete geschenkt bezüglich geschenkt erhalten, so würden sie mit Nein antworten, weil man eben bei Schenkung im Leben regelmässig an Liberalität im ethischen Sinn denkt und nach der subjektiven Absicht der Parteien in diesem Sinn nicht geschenkt ist, der Geber ohne die Rücksicht auf die ehemalige Schuld nicht leisten und der Empfänger vielleicht nicht annehmen würde. Würde man aber die Parteien fragen: erkennst Du, Leistender, an, dass Du freiwillig ohne Rechtspflicht leistest und kein rechtsgeschäftliches Aequivalent dafür erhältst, und Du, Empfänger, dass Du keinen rechtlichen Anspruch auf die Leistung hast und keine Gegenleistung dafür giebst, dass also die Leistung im Rechtssinn eine unentgeltliche ist, so können sie nicht anders als Ja antworten. Dass der Leistende sich von dem drückenden Gefühl, seiner früheren Verbindlichkeit nicht voll nachgekommen zu sein, befreien will und dass der ehemalige Gläubiger in Anerkennung dieses Beweggrunds die Leistung als auf seine frühere Forderung erfolgt annimmt, kann nicht bewirken, dass die Leistung eine solutio debiti ist. Die Aufstellung des Zweckverhältnisses Seitens der Parteien genügt nicht, der Zweck muss erreichbar sein: unerreichbar aber ist der Zweck der Tilgung einer Schuld, wenn keine Schuld besteht, solutio sua deficit substantia, kann man mit l. 3 C. 4, 38 sagen (Vgl. dazu oben S. 24. Anm. 1). — Muss man danach

Aequivalent für die Zuwendung fehlt, der Wille doch eben darauf gerichtet ist, dass der Empfänger unentgeltlich habe[1]). Und so wird in der l. 34 § 1 de don. der Zweifel des Paulus, ob die unentgeltliche Gabe an den Lebensretter wirklich Schenkung und nicht vielmehr merces zu nennen sei, von den Kompilatoren be-

---

in solchen und ähnlichen Fällen trotz des subjektiven Empfindens der Parteien Zahlung leugnen und infolge des Umstands, dass die Zuwendung eine rechtlich unentgeltliche und von den Parteien in Wahrheit auch als unentgeltliche gewollt ist, Schenkung annehmen, so ist doch anzuerkennen, dass die meisten Schenkungsgrundsätze auf solche Fälle nicht anwendbar sind. Ist es auch Schenkung, so ist es doch eine wohlmotivirte, die namentlich für Schenkungsbeschränkungen keinen Raum lässt. Die durch iusta ratio gestützte Schenkung nimmt eine Sonderstellung ein (l. 7 § 1 D. 39, 5; l. 9 D. 38, 5), und so widersetzt sich die Rechtsordnung einer solchen den Parteien in Rücksicht auf die ehemalige Verpflichtung als Zahlung erscheinenden Schenkung nicht und lässt die beschränkenden Schenkungssätze nicht zur Anwendung kommen. Mit dem Bürg. Gesetzbuch kann man sagen, es ist eine Schenkung, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird und die darum nicht der Rückforderung und dem Widerruf unterliegt, die der Vormund in Vertretung des Mündels vornehmen kann u. s. w. — Dass auch da, wo man eher geneigt ist, von Erfüllung einer natürlichen Pflicht als von Schenkung zu sprechen, doch der Schenkungscharakter nicht beseitigt, sondern nur der eine oder andere Schenkungssatz ausgeschlossen wird, zeigt auch l. un. C. de impon. lucr. descr. 10, 36: wenn postrema voluntate vel etiam inter vivos donatione der Vater dem Kind oder das Kind dem Vater etwas zuwendet, so soll davon die auf lukrative Zuwendungen gelegte Steuer nicht zu entrichten sein, weil hier sub liberalitatis appellatione debitum naturale persolvitur. Dass eine natürliche Pflicht zu derartigen Zuwendungen angenommen wird, ändert daran nichts, dass in ihnen eine donatio liegt, nur soll diese donatio wegen des sie veranlassenden Pflichtgefühls nicht der auf Schenkungen gelegten Last unterliegen. Trotz des debitum naturale persolvere werden solche Zuwendungen an die Kinder doch von der Schenkungskollationspflicht ergriffen.

[1]) Wie weit Aeltere mit der Annahme gehen, dass eine Vergeltung für Empfangenes, einerlei ob eine Verpflichtung zu solcher besteht, nicht Schenkung sei, dafür liefert einen interessanten Beleg Perez In Codic. 8, 53 § 5: nach ihm ist die unentgeltliche Gabe eines reichen bürgerlichen Mannes an seine arme adelige Frau nicht verbotene Schenkung, weil gegeben sei in compensationem nobilitatis; und die bei Gaill observ. II 40, 9 Citirten, nach denen das Gleiche gilt, wenn ein alter Mann seiner jungen Frau schenkt.

seitigt durch die Korrektur: donatio irrevocabilis est, non enim merces appellanda est, während in dem Fall, wo für Rettung aus Lebensgefahr vertragsmässig ein Entgelt gegeben oder versprochen ist, die bedungene Leistung als operae merces anerkannt ist (l. 9 § 2 D. 4, 2; Paul. I 7 § 5) und die bedungenen mercedes officiorum als extra causam donationum bezeichnet werden (l. 19 § 1 de don.)[1]).

Wie die freiwillige Vergeltung für Empfangenes den Charakter der Zuwendung als Schenkung nicht aufhebt und die rechtsgeschäftlich unentgeltliche Gabe zwar eine vergeltende, aber doch immer eine wahre Schenkung ist, so wird auch durch ein rein egoistisches Motiv, das Erlangenwollen irgend eines Vortheils, der Begriff der Schenkung nicht alterirt, wenn auch gerade hier zu betonen ist, dass nicht alle Schenkungssätze platzgreifen, so namentlich eine revocatio propter ingratitudinem ausgeschlossen sein kann.

Ein Verlagsbuchhändler übersendet mir schenkweis ein Lehrbuch, in der Hoffnung, dass ich es den Studirenden empfehle, ein Schlächter giebt einer Köchin am Schlusse jedes Monats bei Bezahlung der Fleischrechnung eine ansehnliche Summe in der stillen Erwartung, dass sie den Fleischbedarf ihrer Herrschaft bei ihm entnehme, ein Gasthofsbesitzer giebt den bei ihm einkehrenden Reisenden eine Reiseunfallsversicherungspolice, um sie

---

[1]) Einen ganz anderen Sinn hat es, wenn gesagt wird, dass der Mann durch die Dosbestellung nicht beschenkt werde, weil er die Dos für die onera matrimonii habe. Das kann nicht heissen, dass er mit den onera eine Gegenleistung für die Dos mache und daher für ihn Unentgeltlichkeit nicht vorliege, denn die onera hat er auch ohne Dos, er verspricht sie nicht als Gegenleistung für diese, sie können also nicht rechtsgeschäftliches Aequivalent dafür sein. Natürlich kann überhaupt von einer Schenkung an den Mann nur die Rede sein hinsichtlich des Vortheils, den er während der Ehe von der Dos hat, und diese Zuwendung ist allerdings keine gewöhnliche Schenkung, indem er sie nicht als eine freie in seinem Vermögen hat, sondern mit der Bestimmung, sie zur Bestreitung der Ehelasten zu verwenden, wie auch für die Frau die Dos insofern keine reine Schenkung ist. Dass die Frau dem Mann eine Dos geben kann, während sie ihm nicht schenken darf, ist kein Beweis gegen den Schenkungscharakter, es ist eben nur keine solche Schenkung, die unter Ehegatten verboten ist.

anzulocken, der Inhaber eines Kleidermagazins schenkt einem die Mode bestimmenden Elegant einen Anzug, um seine Artikel in Mode zu bringen, ein Grundstücksbesitzer schenkt dem Staat oder der Stadt einen Theil seines Besitzes in der Hoffnung, dass der Bahnhof einer neuen Eisenbahn auf dieser Stelle angelegt und dadurch der Werth seines übrigen Grundbesitzes erhöht werde. Soll in diesen Fällen, wo auch vom Wahren des Scheins einer wohlwollenden uneigennützigen Absicht[1]) nicht die Rede sein kann, keine Schenkung vorliegen und kein Schenkungssatz anwendbar sein? Soll, wenn die nicht zum Inhalt des Geschäfts gemachte Erwartung getäuscht und der ausserhalb des Geschäftes stehende Zweck nicht erreicht ist, das Geleistete zurückgefordert werden können unter Berufung darauf, dass uneigennützige wohlwollende Absicht das Wesen des animus donandi bilde und darum wegen Mangels dieses Begriffsmerkmals keine Schenkung vorliege? Dass dies zu verneinen ist, bedarf kaum des Beweises aus den Quellen.

Es ist Schenkung, wenn der Mann der geschiedenen Frau eine unentgeltliche Zuwendung macht, um sie zur Rückkehr und zum Abschlusse einer neuen Ehe zu veranlassen (l. 64 D. 24, 1). Wenn Jemand seinem Verwandten donationis causa eine Schuld erlassen hat, sine aliqua condicione, so kann nicht zurückgefordert werden unter Berufung darauf, dass das hereditatis captandae causa id est spe futurae successionis geschehen[2]) und diese Hoffnung nicht erfüllt sei (l. 25 C. 2, 4). Als zweifellos wird bezeichnet, eum qui dedit ea spe quod se ab eo qui acceperit, remunerari existimaret vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum (l. 3 § 7 D. 12, 4). Jemand hat einer Frau geschenkt, deren Mann er ad proficiscendum secum huiusmodi

---

[1]) Bekker, Pand. II § 102 Beilage IV: der normale animus donandi erscheint als Absicht des Zuwendenden sein Wohlwollen uneigennützig zu bethätigen — bleibt der Schein der wohlwollenden Uneigennützigkeit gewahrt, so kommt auf die tiefer liegenden Motive des Schenkers, Eitelkeit, kaptatorische Berechnung u. s. w. nichts an.

[2]) Ueber derartige bei den Römern offenbar häufig vorkommende kaptatorische Schenkungen vgl z B. Martial, Epigr. IV 56, VI 63, VIII 27, IX 84; Plin. Epist. IV 15, IX 30.

liberalitate provocare proposuerat: da er nullam condicionem addidit, so kann er, wenn seine Schenkung das Ziel nicht erreicht, sie nicht zurückfordern (l. 7 C. 4, 6). Die Frau soll von den Strafen vorzeitiger Wiederverheirathung frei werden, wenn sie den Kindern erster Ehe die Hälfte ihres Vermögens, omni donationis solemnitate completa, schenkt (l. 4 C. 6, 56, Nov. 22 c. 2).

In allen diesen Fällen findet sich von Wohlwollen und Gefälligkeit, von einer Gesinnung, die das eigene Interesse ausser Acht lassend lediglich den Vortheil des Anderen bezweckt, keine Spur. Der Geber ist lediglich durch die Rücksicht auf sein eigenes Interesse bestimmt, der Zweck seines Gebens ist ausschliesslich das Erlangen eines erwarteten oder sicheren Vortheils, aber dieser egoistische Zweck ist für den rechtlichen Charakter der Zuwendung bedeutungslos. So lange er nicht zum Inhalt des Geschäftes gemacht, aus dem rechtlich irrelevanten Motiv zur rechtlich relevanten den materiellen Charakter des Geschäfts bestimmenden causa erhoben ist, handelt es sich trotz alles Eigennutzes um unentgeltliche Zuwendung und damit um Schenkung, und wenn der mit solcher Schenkung verfolgte Zweck nicht erreicht wird, hat der Empfänger doch nicht sine causa, sondern ex causa donationis. Dass der eine oder andere Schenkungssatz auf den einen oder anderen Fall dieser Art nach seiner ratio nicht Anwendung leidet — wie z. B. im letzterwähnten Fall, dem Aushändigen des halben Vermögens an die Kinder zum Zweck der Befreiung von den Nachtheilen vorzeitiger Wiederverheirathung die revocatio propter ingratitudinem zweifellos ausgeschlossen ist —, ändert den Charakter der Zuwendung als Schenkung nicht: dass andere Schenkungssätze platzgreifen, dass z. B. für grosse Schenkungen Insinuation erforderlich ist, zeigt l. 4 C. cit.: omni donationis solemnitate completa.

4. Ist danach das Erlangenwollen und Erlangen eines Vortheils, selbst eines pekuniären, nicht im Stand, einer unentgeltlichen Zuwendung die Eigenschaft einer im Rechtssinn schenkweis erfolgten zu nehmen, ist vielmehr ein solcher Zweck rechtlich relevant nur dann, wenn er zum Inhalt des Geschäftes gemacht ist, wodurch die Zuwendung, als nur unter der Voraus-

setzung des Erreichens dieses Zweckes gemacht, entweder den Charakter einer bedingten Schenkung oder, wenn es sich um eine Leistung des Empfängers handelt, den einer entgeltlichen, also einer Nichtschenkung, erhält, so kann nicht, wie gemeinhin geschieht[1]), das condicionis implendae causa dare in Gegensatz zur Schenkung gestellt und schlechthin von ihr ausgeschlossen werden. Mit dem, was rechtlich animus donandi ist, dem Willen, dass Empfänger unentgeltlich vom Geber habe, ist der auf Seiten des Gebers vorhandene animus acquirendi nicht unvereinbar, und auch das, was Jemand mir giebt in der Absicht und zu dem Zweck, um einen von einem Dritten ihm in Aussicht gestellten von der Bedingung dieses Gebens an mich abhängig gemachten Vortheil zu erlangen, kann Schenkung sein.

Der Fall des condicionis implendae causa dare, den man gewöhnlich im Auge hat, ist der, dass Jemand zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtniss bedacht ist unter der Bedingung der Leistung an einen Dritten. Dieses Leisten an den Dritten wird meist nicht näher charakterisirt, nur dass es nicht Schenkung sei, ist die gewöhnliche Behauptung, und man pflegt es als eine selbstständige den anderen causae koordinirte causa aufzufassen, neben die causa credendi, solvendi, donandi die condicionis implendae causa zu stellen[2]). In Wahrheit aber ist das condicionis implendae causa dare seinem materiellen Charakter nach ganz farblos, es sagt nur, dass mit dem Geben eine Bedingung erfüllt werden soll, nicht aber, welchen wirthschaftlichen Charakter das zu diesem Zweck erfolgte Geben hat. Wenn es in l. 38 D. 39, 6 heisst, dass es sich in einem solchen Fall um ein mortis causa capere handele und dass dies non cadit in spe-

---

[1]) So neuerdings die Motive z. Entw. e. BGB. II 287: es könne vielleicht die vom Entwurf gewählte Bezeichnung für das Erforderniss des animus donandi („in der Absicht der Bereicherung") in der Richtung bemängelt werden, dass hierdurch die Fälle, in welchen die Zuwendung condicionis implendae causa erfolgt, von dem Begriff der Schenkung nicht ausgeschlossen würden.

[2]) Brinz, Pand. 1. Aufl. § 349, 2. Aufl. IV § 559 S. 239 erklärt die causa condicionis implendae für eine causa credendi, weil gegeben werde im Vertrauen, der letztwilligen Zuwendung habhaft zu werden.

ciem donationis, nihil mihi donasse videbitur, so ist, wie die Stelle klar ergiebt, hiemit nicht der Charakter des Gebens von Seiten des unter der Bedingung Eingesetzten, sondern der der Zuwendung von Seiten des die Bedingung Setzenden gemeint[1]). Welchen Charakter die Gabe des Ersteren hat, ob sie im Verhältniss zwischen ihm und dem Empfänger eine entgeltliche oder eine unentgeltliche ist, hängt von dem Inhalt der gesetzten Bedingung ab.

Ich kann Jemand zum Erben einsetzen unter der Bedingung, dass er sein Haus dem X., von dem ich weiss, dass er es gern erwerben möchte, zum Schätzungswerth überlässt, ich kann ihn zum Erben einsetzen unter der Bedingung, dass er dem in Noth befindlichen X. 10,000 auf 10 Jahre leiht, oder unter der Bedingung, dass er eine ihm dem X. gegenüber obliegende Schuld, auf deren Bezahlung dieser keine Klage hat, bezahlt — und ich kann es thun unter der Bedingung, dass er dem X. schlechthin giebt, also unentgeltlich, ohne von diesem etwas dafür zu erhalten. Schliesst der Eingesetzte darauf hin das als Bedingung gesetzte Geschäft mit dem X. ab, so wird Niemand bezweifeln, dass im ersten Fall ein Kauf, im zweiten ein Darlehen, im dritten die Zahlung einer Schuld vorliegt, und dass der von dem Eingesetzten mit den Abschlusse dieses Geschäfts verfolgte Zweck, die Erbschaft zu erwerben, an der Natur dieser Zuwendung an X. als einer entgeltlichen nichts ändert. Er erfüllt mit dem Abschlusse des Geschäftes die Bedingung, aber das Mittel der Erfüllung ist das Kaufen, Darleihen, Schuldzahlen, und wie der unter der Bedingung meine Nichte zu heirathen Eingesetzte, der sie nur heirathet, um die Erbschaft zu erwerben, darum nicht weniger heirathet, so ist der in solcher Erwerbsabsicht das Haus gegen Aequivalent in Geld Hingebende, der die Geldsumme mit der Ver-

---

[1]) Das sine donatione capitur in l. 31 § 2 eod. leugnet gleichfalls nur die mortis causa donatio von Seiten des Erblassers. Vgl. auch l. 8 D. 29, 4: — neque enim legatarius est. — Das Setzen der Bedingung, wenn es auch im Interesse des Empfängers erfolgt, ist keine Zuwendung: der Dritte erhält dadurch nichts, denn er kann vom Honorirten nicht fordern. Der Erblasser ist hier sowenig Schenker, wie er, wenn die Bedingung in einem Verkaufen von Seiten des Eingesetzten an den Dritten besteht, Verkäufer ist.

abredung der Rückgabe von tantundem euisdem generis Hingebende darum doch Verkäufer und Darleiher[1]. Weshalb soll das in Erfüllung der Bedingung unentgeltlichen Gebens von Seiten des Eingesetzten an den Dritten unentgeltlich Geleistete wegen des animus acquirendi nicht Schenkung sein? Bleibt es nach l. 4 C. 6, 56 Schenkung, wenn die Frau die gesetzliche Bedingung für das Freiwerden von den Strafen vorzeitiger Wiederverheirathung erfüllt durch unentgeltliches Hingeben der Hälfte ihres Vermögens an die Kinder, lediglich um diesen Vortheil zu erlangen, so bleibt es auch Schenkung, wenn Jemand zur Erfüllung der von einem Privaten gesetzten Bedingung unentgeltlichen Gebens an einen Dritten diesem unentgeltlich, ohne ein Aequivalent von diesem dafür zu erhalten, giebt. Wie in l. 21 pr. D. 35, 2 von dem zur Rückzahlung eines ohne tutoris auctoritas aufgenommenen Darlehens nur naturaliter obligirten Pupillen, dem der Gläubiger ein Legat zugewandt hat unter der Bedingung, dass er die Darlehensschuld an den Erben zahle, gesagt wird: una numeratione et implet condicionem et liberatur naturali obligatione und in l. 44 D. 46, 3 für den gleichen Fall: in duas causas videri eum numerasse, et in debitum suum et condicionis gratia, so kann und muss man hier sagen: una datione et implet condicionem et donat, in duas causas dat, et donationis causa et condicionis causa. Dort schliesst der animus acquirendi die causa solvendi nicht aus, hier nicht die causa donandi. Dass die Erwerbsabsicht als ein ausserhalb des Geschäftes zwischen Geber und Empfänger liegendes Motiv ein für den Charakter dieses Geschäftes gleichgültiger Umstand ist, sagt l. 21 pr. cit. mit den Worten: adeo autem et solvere videtur, ut repudiato legato vel Sticho qui legatus est mortuo, nihil repetere possit; trotz Nichterreichens jenes aussergeschäftlichen Zweckes bleibt die causa solvendi bestehen, und nicht anders ist es mit der causa donandi.

---

[1]) Wie das alicui vendere vel locare den Inhalt eines Damnationslegats bilden kann, und der mit solchem Legat belastete Erbe vendendo et locando et liberatur ex testamento et obligat sibi legatarium (l. 44 D. 46, 3), so kann dies auch zum Inhalt einer Bedingung der Erbeinsetzung gemacht sein, und der so Eingesetzte erfüllt dann die Bedingung seines Erbewerdens durch vendere und locare.

Nur auf den Inhalt des Geschäftes zwischen Geber und Empfänger kommt es an. Ist nach diesem die Zuwendung eine gegen Aequivalent erfolgende, so ist Schenkung ausgeschlossen; liegt nach diesem nichts anderes vor als dass Geber giebt, ohne vom Empfänger etwas dafür zu erhalten, so ist Schenkung vorhanden. Dass der Geber, der im Geschäft kein Aequivalent erhält und damit rechtsgeschäftlich einen reinen Verlust erleidet, während der Empfänger einen reinen Gewinn hat, infolge dieses Geschäftes von aussen her einen Erwerb macht, einen Erwerb, der den durch die unentgeltliche Zuwendung an den Empfänger herbeigeführten Verlust vollständig ausgleicht oder übersteigt, hebt den lediglich durch den Inhalt des Geschäfts zwischen Geber und Empfänger bestimmten Schenkungscharakter eben so wenig auf, wie derselbe dadurch aufgehoben wird, dass der Empfänger infolge der schenkweisen Zuwendung durch ausserhalb des Geschäfts liegende Umstände einen Verlust erleidet, einen Verlust, der den durch die Zuwendung des Gebers an sich begründeten Gewinn vollständig wieder ausgleicht. Hat mir Jemand eine Sache vermacht, so büsse ich, wenn mir dieselbe Sache geschenkt wird, infolge concursus causarum lucrativarum meine Legatsforderung ein[1]; schenkt mir der Eigenthümer die Sache, die ich vom Nichteigenthümer gekauft habe, so verliere ich die Klage aus der stipulatio duplae gegen den Verkäufer[2]. Aber darum, weil so zufällig meinem Gewinn ein Verlust gegenübersteht, ist doch die Zuwendung ihrer Natur und dem Inhalt des Geschäfts nach nicht weniger eine unentgeltliche, deren Vortheil mir zukommt, ohne dass ich dem Geber dafür etwas leiste, ohne dass im Geschäft dem Vortheil ein Nachtheil gegenüber steht: zwischen mir und dem Geber liegt doch Schenkung vor. Und ebenso wird die Thatsache, dass ich nach dem Inhalt des Geschäftes eine Zuwendung von dem Geber habe, ohne ihm etwas dafür zu leisten, nicht aufgehoben dadurch, dass durch solche rechtsgeschäftlich unentgeltliche Zuwendung die Bedingung für einen dem Geber mög-

[1]) § 6 J. de leg. 2, 20.

[2]) L. 57 § 1 D. 21, 2. Die actio ex empto bleibt, l. 13 § 15 D. 19, 1, vgl. auch l. 9, l. 41 § 1 D. 21, 2.

lichen Erwerb erfüllt und infolge davon der Erwerb gemacht wird, der dem Geber von aussen her einen Ausgleich für jene unentgeltliche Zuwendung an den Empfänger verschafft, so dass dem Erfolg nach jene Zuwendung aufhört, für ihn eine unentgeltliche zu sein: zwischen Geber und Empfänger besteht trotzdem das Rechtsgeschäft der Schenkung, weil der Geber den ihm zukommenden Ausgleich nicht auf Grund des mit dem Empfänger geschlossenen Geschäfts hat, nach diesem Geschäft vielmehr die Zuwendung eine unentgeltliche ist, und für diese rechtsgeschäftliche Eigenschaft das den Geber bestimmende Motiv, der animus acquirendi, gleichgültig ist. Nicht, weil er erwerben wollte, hat er nicht geschenkt, sondern weil er erwerben wollte, hat er geschenkt.

Darum kann auch von einer Rückforderung des Geschenkten wegen Nichterreichens des aussergeschäftlichen Zwecks, dessen Erreichung als Folge der Schenkung angestrebt wird, nicht die Rede sein. Wie der, welcher schenkt ea spe, eum qui acceperit, amiciorem sibi futurum esse oder spe futurae successionis oder um den Mann der beschenkten Frau zu gemeinsamer Reise zu bestimmen, repetere und donationem revocare non potest opinione falsa deceptus, so ist die Täuschung der Erwartung, durch Erfüllung der seiner Erbeinsetzung beigefügten Bedingung der Schenkung die Erbschaft zu erwerben, kein Rechtsgrund für eine condictio. Kann zweifellos der mit dem Verkauf seines Hauses oder mit dem Geben eines Darlehens auf 10 Jahre die Bedingung seiner Erbeinsetzung Erfüllende nicht Kauf und Darlehen rückgängig machen unter Berufung darauf, dass er das Geschäft nur geschlossen habe, um die Bedingung zu erfüllen und damit die Erbschaft zu erwerben, weil eben nach dem Inhalt des Geschäfts ein bedingungsloses Kauf- und Darlehensgeschäft geschlossen ist, und kann nach l. 21 pr. D. 35, 2 der in gleicher Absicht die Naturalobligation zahlende Pupill das Geleistete wegen Nichterreichung seines aussergeschäftlichen Zweckes nicht zurückfordern, weil durch die seine Leistung veranlassende Erwerbsabsicht die seiner Leistung zu Grund liegende causa solvendi nicht beeinflusst wird, so kann selbstverständlich durch Berufung auf getäuschte Erwartung eine Rückforderung auch für denjenigen

nicht begründet werden, dessen Leistung donandi causa erfolgt und vom Empfänger als Schenkung angenommen ist, wenn auch seiner aussergeschäftlichen Absicht nach diese Schenkung nur Mittel für den Erwerbszweck sein sollte.

Anders läge natürlich die Sache dann, wenn der Wille, durch Abschluss des zur Erfüllung der Bedingung dienenden Geschäfts den Erwerb herbeizuführen, zum Inhalt des Geschäfts gemacht wäre in der Weise, dass verkauft, geliehen, geschenkt würde unter der ausdrücklichen oder aus den Verhältnissen sich ergebenden Voraussetzung der Erreichung dieses Zweckes. Dann handelte es sich um ein bedingtes Geschäft, und beim Nichteintreten der Voraussetzung wäre das Gegebene sine causa beim Empfänger. Auf Fälle dieser Art allein beziehen sich die Quellenaussprüche, welche bei Nichterreichen des mit der Leistung verfolgten Erwerbszwecks eine condictio gewähren[1]).

Wenn nun auch überall da, wo der Erwerbszweck als ausserhalb des Geschäfts stehend an sich rechtlich irrelevantes Motiv ist und seinetwegen einer Zuwendung, die nach der Vereinbarung

---

[1]) So auch l. 3 § 7 de cond. c. d. c. n. sec. 12, 4. Wenn der unter der Bedingung des Gebens von 10,000 an den Erben im Testament Freigelassene diese Summe gegeben hat, und dann sich herausstellt, dass in einem späteren Kodicill die Freiheit pure ertheilt ist, so steht nach Celsus filius dem Geber die condictio causa data causa non secuta zu. Der Grund ist, dass hier der Wille, mit dem Geben der 10,000 die Freiheit zu erlangen, kein aussergeschäftlicher war: beide Theile wissen und wollen, dass dieses Geben, das zwischen ihnen ein unentgeltliches, also Schenkung ist, zu dem Zweck und unter der Voraussetzung erfolgt, dass die vom Testator daran geknüpfte Folge wirklich eintritt, das Erlangen der Freiheit ist die vertragsmässige Voraussetzung des Gebens. Die Meinungsverschiedenheit zwischen Celsus filius, der die condictio giebt, und Celsus dem Vater, der sie leugnet, besteht nicht etwa darin, dass es sich nach dem letzteren um einen aussergeschäftlichen Zweck handelt; er meint vielmehr, dass die rechtsgeschäftliche causa secuta sei, weil der Sklave doch die Freiheit erlangt habe, wenn sie ihm auch nicht durch sein Geben der 10,000, sondern durch den späteren Kodicill zu Theil geworden sei. Mit Recht hält der Sohn das nicht für genügend, denn es handelt sich nach dem Inhalt des Geschäfts zwischen dem Freigelassenen und dem Erben darum, dass gerade durch jenes Geben die Freiheit herbeigeführt wird. Es ist also nicht blos naturalis aequitas, welche die Entscheidung von Celsus filius rechtfertigt.

der Parteien eine unentgeltliche in dem Sinn ist, dass zwischen Geber und Empfänger ein Ausgleich für dieselbe nicht stattfindet, der Schenkungscharakter nicht schlechthin abgesprochen werden kann, so ist doch zweifellos, dass auf eine solche condicionis implendae causa erfolgte Schenkung, wenn der Erwerbszweck wirklich erreicht wird, nicht alle Schenkungssätze Anwendung leiden. Da die durch die Schenkung zunächst bewirkte Minderung des Vermögens des Schenkers hier ausgeglichen ist durch einen von aussen her gemachten Gewinn, der ohne die Schenkung nicht vorhanden wäre, so ist im Resultat[1]) — vorausgesetzt natürlich, dass der Werth des Erworbenen nicht geringer ist als der des Geschenkten — das Vermögen des Schenkers nicht gemindert[2]). Daher können diejenigen Schenkungssätze nicht Anwendung finden, die ihrer ratio nach nur auf Verhütung solcher Minderung gehen: die den Schutz der Pflichttheilsberechtigten gegen Verkürzung durch Schenkungen ihres Erblassers bezweckende querela inofficiosae donationis kann wegen solcher Schenkung nicht erhoben werden, das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, dessen ratio ist, ne invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate, trifft eine solche Schenkung nicht. Ebenso kann hier von der auf Verletzung der natürlichen Dankespflicht beruhenden revocatio propter ingratitudinem nicht die Rede sein, weil eine Verpflichtung zur Dankbarkeit gegenüber demjenigen nicht besteht, der lediglich

[1]) Ita fit pauperior, ut tanto locupletior esse videatur, kann man nach l. 15 § 5 D. 35, 2 sagen.

[2]) Dass solcher Ausgleich zwar die mit der unentgeltlichen Zuwendung an sich verbundene Minderung des Vermögens, nicht aber den Begriff der Schenkung aufhebt, zeigt auch der Fall der l. ult. D. 24, 1: der Mann hat der Frau Geld geschenkt, die Frau kauft mit diesem Geld einen Sklaven und schenkt ihn dem Mann — beides ist Schenkung, aber der Einfluss der Schenkung des Mannes auf sein Vermögen ist wieder beseitigt dadurch, dass er von der Frau den Sklaven erhält, und die Schenkung des Sklaven von Seiten der Frau mindert ihr Vermögen im Resultat nicht, weil sie den Werth des Sklaven durch die frühere an sich nichtige Zuwendung des Mannes in ihr Vermögen erhalten hat. Darum ist die Schenkung gültig, quamvis ea mente facta fuerit qua ceterae donationes. — Vgl. auch l. 25 § 11 D. 5, 3.

zum Zweck eigenen Erwerbes sich des Mittels der Schenkung bedient[1]). Aber dass der Ausschluss und die Unanwendbarkeit einzelner Schenkungssätze eine unentgeltliche Zuwendung nicht des Schenkungscharakters entkleidet, ist zur Genüge betont worden, und dass die condicionis implendae causa vorgenommene Schenkung anderen Schenkungssätzen unterliegt, wird, wenn wir auch dafür nicht die Bestätigung in dem ganz ähnlichen Fall der l. 4 C. 6, 56 in Bezug auf die Insinuation hätten, nicht bezweifelt werden: sie gehört zu den bona adventicia, sie wird dem Eigenthümer des servus fructuarius erworben, ein Vertrag über Gemeinschaftlichmachen aller den Kontrahenten gemachten Schenkungen ergreift auch sie, sie fällt unter das Verbot der Schenkung an Ketzer, an Beamte, die Beobachtung der Formvorschrift ist zu ihrer Gültigkeit unerlässlich.

Nach alledem ist zum Begriff der Schenkung nichts weiter erforderlich als die Vereinbarung, dass der Empfänger vom Geber die Zuwendung als unentgeltliche habe, d. h. ohne dass der Empfänger dem Geber etwas dafür leiste, ohne dass der Geber vom Empfänger etwas dafür erhalte. Fehlt dieses Moment, so ist Schenkung zu verneinen und kein einziger Schenkungssatz anwendbar; ist es vorhanden, so ist die Zuwendung Schenkung und es sind Schenkungssätze, wenn auch nicht alle, darauf anwendbar.

Diese Auffassung, wonach etwas Schenkung ist, ohne darum allen Schenkungssätzen zu unterliegen, ist doch wohl korrekter als die, welche wegen Fehlens des normalen animus donandi, der wohlwollenden Absicht, Schenkung leugnet und trotzdem einzelne Schenkungssätze für anwendbar erklärt.

---

[1]) Wie die durch das condicionem implere herbeigeführte Minderung des Vermögens des Schenkers ausgeglichen wird durch den infolge davon gemachten Erwerb, so wird andererseits der gemachte Erwerb gemindert durch das condicionis implendae causa Geleistete. Daher wird z. B. bei der Frage, wie hoch der Betrag des dem Legatar aus dem Legat Zukommenden sei, in Abzug gebracht quod condicionis implendae causa datum est, und es kann deshalb der legatarius solidi non capax tanto amplius capere, quantum condicionis implendae causa eum dare oportet, weil er in Wahrheit dem Effekt noch non capit id quod erogat. L. 26 pr. de leg. I, l. 62 § 1 D. 35, 1.





